

المغنى لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد بن أحمد الخرمي
المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق فضيلة الدكتور

طه محمد الزبي

الأستاذ بالأزهر

الجزء الخامس

الناشر

مكتبة القاهلة

لصاحبها على يوسف سليمان
بنتاح، القاهرة، مصر، آذار ١٩٦٦
عدد النسخ ١٩٦٦

١٩٦٩ - ١٣٨٩

مطابع سجل العرب

كتاب الشركة

الشركة : هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف . وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع .
 أما الكتاب فقول الله تعالى (٤ : ١٢) فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّمَنِ (وقال الله تعالى (٣٨ : ٢٤) وَإِنْ أَشِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ . وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ) والخلطاء : هم الشركاء . ومن السنة : ما روى « أَنَّ الْبِرَاءَ بْنَ عَازِبٍ وَزَيْدُ بْنُ أَرْقَةَ كَانَا شَرِيكَيْنِ . فَاشْتَرَبَا فِصَّةً يَنْقُدُ وَنَسِيئَةً . فَبَلَغَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَمَرَهُمَا أَنْ مَّا كَانَ يَنْقُدُ فَاجِزُوهُ ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَرُدُّوهُ » وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ « يَقُولُ اللَّهُ : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ . فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » رواه أبو داود . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ « يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخَانَا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة : وإنما اختلفوا في أنواع منها تُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

والشركة على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عقود . وهذا الباب لشركة العقود . وهي أنواع خمسة :
 شركة المِثَالِ ، والأَبْدَانِ ، والوُجُوهِ ، والمُضَارَبَةِ ، والمُفَاوَضَةِ .
 ولا يصح شيء منها إلا من جاز التصرف . لأنه عقدٌ على التصرف في المال ، فلم يصح من غير جاز التصرف في المال كالبيع .

فصل

٣٥٦٠

قال أحمد : يُشَارِكُ الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ ، وَلَكِنْ لَا يَخْلُو الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ بِالْمَالِ دُونَهُ .
 ويكون هو الذي يليه . لأنه يعمل بالرِّبَا . وبهذا قال الحسن ، والثوري ، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً .
 لأنه روى عن عبد الله بن عباس أنه قال « أُكْرَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ » وَلَا يُعْرِفُ لَهُ مُخَالَفٌ فِي الصَّحَابَةِ . وَلَئِنْ مَالَ الْيَهُودِيَّ وَالنَّصْرَانِيَّ لَيْسَ بِطَيِّبٍ . فَإِنَّهُمْ يَبِيعُونَ الْحَرَّ ، وَيَتَعَامَلُونَ بِالرِّبَا ، فَكُرِهَتْ مُعَامَلَتُهُمْ .

ولنا : ما روى الخلال بإسناده ، عن عطاء ، قال « نَعَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ مُشَارَكَةِ الْيَهُودِيَّ وَالنَّصْرَانِيَّ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الذَّرَاءُ وَالْبَيْعُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ » وَلَئِنْ دَلَّ عَلَى كَرَاهَةِ مَا خَلَوْا بِهِ : مُعَامَلَتُهُمْ بِالرِّبَا ، وَبِيعَ الْحَرَّ ، وَالْعَنْزِيرَ ، وَهَذَا مُنْتَقَفٍ فِيهَا حَضَرَهُ الْمُسْلِمُ ، أَوْ وَلِيُّهُ . وَقَوْلُ ابْنِ

عباس محمول على هذا . فإنه علل بكونهم يُرَبُّونَ ^(١) كذلك رواه الأثرم ، عن أبي حمزة ، عن ابن عباس : أنه قال « لَا تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا ، وَلَا نَصْرَانِيًّا ، وَلَا مَجُوسِيًّا ، لِأَنَّهُمْ يُرَبُّونَ . وَإِنَّ الرَّبَّ لَا يَحِلُّ » وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم . وهم لا يحتجُّون به . وقولهم : إن أموالهم غير طَيِّبَةٍ لا يصح . فإنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ، وَرَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ يَهُودِيٍّ عَلَى شَعِيرٍ أَخَذَهُ لِأَهْلِهِ ، وَأَرْسَلَ إِلَى آخِرٍ يَطْلُبُ مِنْهُ ثَوْبَيْنِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ . وَأَضَافَهُ يَهُودِيٌّ بِخَبْزٍ وَإِهَالَةٍ ^(٢) سِنَخَةٍ ، وَلَا يَأْكُلُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا لَيْسَ بِطَيِّبٍ ، وَمَا بَاعُوهُ مِنَ الْحَرِّ وَالْخَنَزِيرِ قَبْلَ مِشَارَكَةِ الْمُسْلِمِ فَثَمَنُهُ حَلَالٌ ، لَا عِتْقَ لَهُمْ حِلُّهُ ، وَلِهَذَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ « وَلَوْ هُمْ بَيْعُهَا وَخَذُوا أُنْمَانَهَا » فَأَمَّا مَا يَشْتَرِيهِ ، أَوْ يَبِيعُهُ مِنَ الْحَرِّ بِمَالِ الشَّرِكَةِ ، أَوْ الْمَضَارِبَةِ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ فَاسِدًا . وَعَالِيهِ الضَّمَانُ . لِأَنَّ عَقْدَ الْوَكِيلِ يَقَعُ لِلْمُوكَّلِ ، وَالْمُسْلِمُ لَا يَثْبُتُ مِلْكُهُ عَلَى الْحَرِّ ، وَالْخَنَزِيرِ . فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى بِهِ مَيْتَةً ، أَوْ عَامِلٌ بِالرَّبَا ، وَمَا خَفِيَ أَمْرُهُ فَلَمْ يُعْلَمْ . فَالْأَصْلُ إِبَاحَتُهُ وَحِلُّهُ ، فَأَمَّا الْجَوْسِيُّ : فَإِنَّ أَحَدَهُ مِشَارَكَتِهِ وَمَعَامَلَتِهِ ، قَالَ : مَا أُجِبْتُ مُخَالَطَتَهُ وَمَعَامَلَتَهُ ، لِأَنَّهُ يَسْتَحِلُّ مَا لَا يَسْتَحِلُّ هَذَا ، قَالَ حَنْبَلٌ : قَالَ عُمَى : لَا تَشَارِكُهُ ، وَلَا تَضَارِبُهُ ، وَهَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِحْبَابِ ، لَتَرَكَ مَعَامَلَتَهُ ، وَالْكَرَاهَةَ لِمِشَارَكَتِهِ . وَإِنْ فَعَلَ صَحَّ . لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ صَحِيحٌ .

﴿ مسألة ﴾

٣٥٦١

قال ﴿ وشركة الأبدان جائزة ﴾

معنى شركة الأبدان : أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم . كاصطناع يشتركون على أن يهملوا في صناعاتهم ، فإِنْ ارْتَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَمِنْ بَيْنِهِمْ . فَإِنْ اشْتَرَكُوا فِي مَا يَكْتَسِبُونَ مِنَ الْمَبَاحِ ، كَالْحَطَبِ ، وَالْحَشِيشِ ، وَالتَّمَارِ الْمَأْخُوذَةِ مِنَ الْجِبَالِ ، وَالْعَادِنِ ، وَالتَّلَاصُّصِ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ ، فَهَذَا جَائِزٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَركَ الْقَوْمُ بِأَبْدَانِهِمْ ، وَلَيْسَ لَهُمْ مَالٌ ، مِثْلُ الصَّيَّادِينَ ، وَالذَّقَّالِينَ ، وَالْحَمَّالِينَ . قَدْ أَشْرَكَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ عَمَّارٍ ، وَسَعْدٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرِينَ ، وَلَمْ يَحِثْ بِشَيْءٍ ، وَفَسَّرَ أَحَدُ صِفَةِ الشَّرِكَةِ فِي الْغَنِيمَةِ . فَقَالَ : يَشْتَركَانِ فِيمَا يُصَيِّبَانِ مِنْ سَلَبٍ ^(٣) الْمَقْتُولِ ، لِأَنَّ الْقَاتِلَ يَخْتَصُّ بِهِ دُونَ الْغَانِمِينَ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصَحُّ فِي الصَّنَاعَةِ ، وَلَا يَصَحُّ فِي اكْتِسَابِ الْمَبَاحِ ، كَالْحَقْدِشِ ، وَلَا غَنَمٍ . لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مَقْتَضَاهَا الْوَكْلَةُ ، وَلَا تَصَحُّ الْوَكْلَةُ

(١) يربون : معناها الأصلي يربون ، والمراد تعاملهم بالربا .

(٢) الإهالة : السمن والزيت ونحوها ، والمراد الأدام والسنخة المتغيرة الطعم بسبب بقائها مدة طويلة « زنخة »

(٣) سلب المقتول : سلاحه ومناحه .

في هذه الأشياء . لأن من أخذها ماله . وقال الشافعي : شركة لأبدان كلها فائدة لأهل شركة على غير مال . فلم تصح . كما لو اختلفت الصناعات .

ولنا : ما روى أبو داود ، والأثرم بإسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله ، عن عبد الله قال : « اشترى كذا أنا وسعد وعمار يوم بدر . فلم أجد أنا وعمار بشيء ، وجاء سعد بأسيرين » ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد أقرهم عليه ، وقال أحد : أشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم .

فإن قيل : فانما شركة بين الغامنين بحكم الله تعالى . فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية : غنائم بدر كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان له أن يدفعها إلى من شاء ، فيجتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟

قلنا : أما الأول : فالجواب عنه : أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ، ولهذا نقل أن النبي ، صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ » فكان ذلك من قبيل المباحات ، من سبق إلى أخذ شيء فهو له ، ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب ، والنفل^(١) ، إلا أن الأول أصح . لقوله : « جاء سعد بأسيرين ، ولم أجد أنا وعمار بشيء » .

وأما الثاني : فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم . فأنزل الله تعالى (٨ : ١) يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ ؟ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ » والشركة كانت قبل ذلك ، وبدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخل : إما أن يكون قد أباحهم أخذها ، فصارت كالمباحات ، أو لم يُباح لهم ، فكيف يشتركون في شيء لغيرهم ؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضًا . لأنهم اشتركوا في مباح . وفيما ليس بصناعة ، وهو يمنع ذلك . ولأن العمل أخذ جوتي المضاربة . فصحت الشركة عليه ، كالمال ، وعلى أبي حنيفة : أنها اشتركا في مكسب مباح فصحت . كما لو اشتركا في الخيامة ، والقسارة^(٢) ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات ، فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة . فكذلك يصح بغير عوض ، إذا تبرع أحدهما بذلك ، كالتوكيل في بيع ماله .

(فصل)

٣٥٦٢

وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع ، فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب : لا تصح .

(١) النفل : بفتح النون والفاء : الغنيمة .

(٢) القسارة : الصباغة .

وهو قول مالك . لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ، ويلزم صاحبه ، وبطالب به كل واحد منهما . فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به ، فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضى : تصح الشركة ، لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح ، كما لو انفقت الصنائع ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحقق فيها من الآخر ، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحته ، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان ، وقولهم . يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه . قال القاضى : يحتمل أن لا يلزم ذلك . لأنهما كالوكيلين ، بدليل صحتهما في المباح . ولا ضمان فيهما . وإن قلنا : يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة ، أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا : أنه لو قال أحدهما : أنا أنقبل ، وأنت تعمل . صحّت الشركة ، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه .

(فصل)

٣٥٦٣

وإذا قال أحدهما : أنا أنقبل ، وأنت تعمل ، والأجرة بينى وبينك صحّت الشركة . وقال زفر : لا تصح . ولا يستحق العامل المسمى . وإعماله أجرة المثل . ولنا : أن الضمان يستحق به الربح ، بدليل شركة الأبدان . وتقبل العمل بوجب الضمان على المستقبل ، ويستحق به الربح . فعصار كتقبله المال في المضاربة . والعمل يستحق به العامل الربح ، كعمل المضارب ، فينزل بمنزلة المضاربة .

(فصل)

٣٥٦٤

والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة ، أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح . ويجوز تفاضلهما في العمل . فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به . ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة ، والمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما ، وإلى أيهما دفعها برىء منها . وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفریط فهم من ضمانهما معاً . لأنهما كالوكيلين في المطالبة ، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما ، يطالب به كل واحد منهما ، ويلزمه عمله . لأن هذه الشركة لا تنمقد إلا على الضمان ، ولا شيء فيها تنمقد عليه الشركة حال الضمان . فكانت الشركة تضمّنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه . وقال القاضى : يحتمل أن لا يلزم أحدهما مالزم الآخر ، لما ذكرنا من قبل ، وما يتلف بتمدّى أحدهما أو تفریطه ، أو تحت يده ، على وجه يوجب الضمان عليه ، فذلك عليه وحده . وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه . لأن اليد له ، فيقبل إقراره بما فيها ، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ، ولا بدّين عليه . لأنه لا بدّ له على ذلك .

٣٥٦٥

(فصل)

وإن حمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما . قال ابن عقيل : نص عليه أحد في رواية إسحاق ابن هانئ . وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان ، فيأتي أحدهما بشيء ، ولا يأتي الآخر بشيء ؟ قال : نعم ، هذا بمنزلة حديث سعد ، وابن مسعود . يعني حيث اشتركوا ، فجاء سعد بأسيرين ، وأخفق الآخران . ولأن العمل مضمون عليهما معاً ، وبضمانهما له وجبت الأجرة . فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ، ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته . ولا يمنع ذلك استحقاقه . كن استأجر رجلاً ليقصّر^(١) له ثوباً ، فاستعان القصّار بإنسان ، فقصّر معه . كانت الأجرة للقصّار المستأجر ، كذا هما ، وسواء ترك العمل لمرض ، أو غيره ، فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه ، أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك . فإن امتنع فلآخر الفسخ ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يُشارك صاحبه في أجرة ما عمله دونه ، لأنه إنما شاركه أيعملاً جعماً . فإذا ترك أحدهما العمل فأتى بما شرط على نفسه ، فلم يستحق ما جُمِلَ له في مقابلته . وإنما احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر . لأنه لا يمكن التعرّض منه .

٣٥٦٦

(فصل)

فإن اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة ، على أن يؤجّراهما ، فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح . فإذا تقبلاً تحمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ، ثم حملاه على اليمينين ، أو غيرها صح ، والأجرة بينهما على ما شرطاه . لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها . ولها أن يحملها بأيّ ظمير كان ، والشركة تنفقد على الضمان ، كشركة الوجوه ؛ وإن أجّراهما بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة . ولكل واحد منهما أجر دابته . لأنه لم يجد ضمان الحمل في ذمهما . وإنما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها . ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة التي اكتراها . ولأن الشركة إما أن تنفقد على الضمان في ذمهما أو على عملهما ، وليس هذا بواحد منهما . فإنه لم يثبت في ذمهما ضمان ، ولا عملاً بأبدانها ما يجب الأجر في مقابلته ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، ولهذا لو قال : أجر عبدك وتسكون أجرته بيني وبينك لم تصح ، كما لو قال : بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح . ويحتمل أن تصح الشركة . كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانها . فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل ، والنقل . كان له أجر مثله ؛ لأنها منافع وقفاها بشبهة عقد .

٣٥٦٧

(فصل)

فإن كان لقصّار أداة ولاخر بيت ، فاشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا ،

(١) يصنع له ثوباً .

والكسبُ بينهما جاز ، والأجرة على ما شرطاه . لأنَّ الشركة وقعت على عملهما والعمل يُستحقُّ به الربح في الشركة . والآلة والبيت لا يستحقُّ بهما شيء ، لأيهما يُستعملان في العمل المشترك . فصارا كالدابَّتين اللتين أُجَّراهما لحمل الشيء الذي تقبَّلا حمله ، وإن فسدت الشركة قسَّم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما ، وأجر الدار والآلة . وإن كانت لأحدهما آلة ، وليس الآخر شيء ، أو لأحدهما بيت ، وليس الآخر شيء ، فاتفقا على أن يعملوا بالآلة ، أو في البيت ، والأجرة بينهما جاز . لما ذكرنا .

(فصل)

٣٥٦٨

وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين ، أو أثلاثاً أو كيفما شرطاً صحَّ . نص عليه في رواية الأثرم ، ومحمد بن أبي حرب ، وأحمد بن سعيد . ونقل عن الأوزاعي ما يدلُّ على هذا ، وكره ذلك الحسن ، والنخعي . وقال الشافعي وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي : لا يصحَّ ، والربح كله لربِّ الدابة . لأنَّ الحمل الذي يستحقُّ به العِوضُ منها . وللعامل أجر مثله ، لأنَّ هذا ليس من أقسام الشركة ، إلا أن تكون المضاربة . ولا تصحَّ المضاربة بالعروض ، ولأنَّ المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان . وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالِكها ، وقال القاضي : يتخرج أن لا يصحَّ ، بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصحَّ ، فعلى هذا : إن كان أجر الدابة بعينها فالأجر للمالك . وإن تقبَّل حمل شيء لحمله عليها ، أو حمل عليها شيئاً مباحاً ، فباعه ، فالأجرة والثمن له . وعليه أجرة مثله للمالك .

ولنا : أنها عين تُنمَّى بالعمل عليها ، فصَحَّ العقد عليها ببعض ثَمائِها ، كالدرهم والدنانير ، وكالشجر في المساقاة ، والأرض في المزارعة . وقولهم : إنه ليس من أقسام الشركة ، ولا هو مضاربة . قلنا : نعم ، لكنَّه يشبه المساقاة ، والمزارعة . فإنه دَفَعَ لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثَمائِها ، مع بقاء عينها . وبهذا يتبيَّن أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد . فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة ، والتصرف في رغبة المال . وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى ، أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً . فإنَّ الإجارة يشترط لصحَّتها العلم بالعِوض ، وتقدير المدَّة ، أو العمل ، ولم يوجد . ولأنَّ هذا عقد غير منصوص عليه ، ولا هو في معنى المنصوص . فهو كسائر العقود الفاسدة ، إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجه الذي تقدَّم . وقد أشار أحمد إلى ما يدلُّ على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة . فقال : لا بأس بالثوب يُدفع بالثلث ، والرَّبع . لحديث جابر « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَى خَيْرَ عَلَى الشَّطْرِ ^(١) » وهذا يدلُّ على أنه قد صار في هذا ، ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة ، والمزارعة ، لا إلى المضاربة ، ولا إلى الإجارة . ونقل أبو داود عن أحمد : فيمن يُعطي فرسه على النصف من الفريضة :

(١) الشطر : النصف

أرجو أن لا يكون به بأس . قال إسحاق بن إبراهيم : قال أبو عبد الله : إذا كان على النصف ، والرابع ، فهو جائز . وبه قال الأوزاعي . ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد بن حنبل عن رجل ليكسب عليه ، ويكون له ثلث ذلك ، أو رבעه فجائز ، والوجه فيه . ما ذكرناه في مسألة الدابة ، وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصائناً يبيعها ، وله نصف ربحها بحق عمله جاز . نص عليه في رواية حرب ، وإن دفع غزلاً إلى رجل يندسجه ثوباً بثلاث ثمنه ، أو رבעه جاز . نص عليه . ولم يجز مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي شيئاً من ذلك . لأنه عوض مجهول ، وعمل مجهول . وقد ذكرنا وجه جوازها ، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز . نص عليه ، وعنه الجواز ، والصحيح الأول ، وقال أبو بكر : هذا قول قديم . وما روى غير هذا ، فعليه المعتمد ، قال الأثرم . سمعت أبا عبد الله يقول : لا بأس بالثوب يدفع بالثلث ، والرابع . وسئل عن الرجل يعطى الثوب بالثلث ، ودرهم ، ودرهمين ؟ قال : أكرهه . لأن هذا شيء لا يعرف . والثلث إذا لم يكن معه شيء . نراه جائزاً . لحديث جابر : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر ^(١) » قيل لأبي عبد الله : فإن كان النجاج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً ؟ قال : فليجعل له ثلثاً ، وعشرى ثلث ، ونصف عشر ، وما أشبهه ، وروى الأثرم عن ابن سيرين ، والنخعي ، والزهرى ، وأيوب ، ويحيى بن حكيم . أنهم أجازوا ذلك ، وقال ابن المنذر : كره هذا كله الحسن ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأي : هذا كله فاسد . واختاره ابن المنذر ، وابن عقيل ، وقالوا : لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين . فالصيد كله للصياد . وأصحاب الشبكة أجزأ مثلاً ، وقياس ما نقل عن أحمد : صحة الشركة . وما رزق بينهما على ما شرطاه . لأنها عين تمتع بالعمل فيها . فصحت دفعها ببعض ثمنها ، كالأرض .

(فصل)

٣٥٦٩

قال ابن عقيل رحمه الله رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان « وهو أن يعطى الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها ، وعلة النع : أنه جعل له بعض مموله أجراً لعمله ، فيصير الطحن مستحقاً له عليه . وهذا الحديث لا نعرفه . ولا يثبت عندنا صحته . وقياس قول أحمد : جوازها ، لما ذكرناه عنه من المسائل .

(فصل)

٣٥٧٠

فإن كان لرجل دابة ولاخر لكاف ^(٢) ، وجوالات ^(٣) ، فاشتركا على أن يؤجراهما ، والأجرة بينهما نصفان ، فهو فاسد ، لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها ، كذلك في منافعها . إذ تقديره :

(١) الشطر : النصف .

(٢) الكاف : البرذعة ، ونحوها مما يوضع على ظهر الدابة والجوالات : التي يباع فيها الأمتعة من الجبوب ونحوها (الشوالات)

(٣) م ٢ - المنى - خامس

أَجْرٌ دَابَّتْكَ لَتَسْكُونَ أَجْرَهَا بَيْنَنَا وَأَوْجَرُ جَوَالِقَاتٍ لَتَسْكُونَ أَجْرُهَا بَيْنَنَا ، وتَسْكُونَ الأَجْرَةَ كُلَّهَا لصاحب التَّهْيِمَةِ . لأنه مالك الأصل ، والآخِرُ أَجْرٌ مثله على صاحب التَّهْيِمَةِ . لأنه استوفى منافع مِلْكِهِ بعقد ، هذا إذا أَجَّرَ الدَّابَّةَ بما عليها من الإِكَابِ ، والجَوَالِقَاتِ في عقدٍ واحدٍ . فأمَّا لو أَجَّرَ كُلَّ واحدٍ منهما مِلْكَهُ مُنفَرِداً فَلِكُلِّ واحدٍ منهما أَجْرٌ مِلْكِهِ . وهكذا لو قال رجل لصاحبه : أَجْرُ عَبْدِي ، والأَجْرُ بَيْنَنَا ، كان الأَجْرُ لصاحبه ، والآخِرُ أَجْرٌ مثله ، وكذلك في جميع الأعيان .

(فصل)

٣٥٧١

فإن اشترك ثلاثة من أحدم دَابَّةً ، ومن آخر راوِيَةً ^(١) ومن الآخِلُ العملُ ، على أن مَارِزُقَ الله تعالى فهو بينهم ، صحَّ في قياس قول أحد . فإنه قد نصَّ في الدَّابَّةِ يدفعها إلى آخر يعمل عليها على أن لها الأَجْرَةَ على الصَّحَّةِ . وهذا مثله . لأنه دفع دَابَّتَهُ إلى آخر يعمل عليها ، والراوِيَةُ عينٌ تَمْعَى بالعمل عليها ، فهي كالتَّهْيِمَةِ ، فعلى هذا يكون مَارِزُقَ الله بينهم على ما اتَّفَقُوا عليه . وهذا قول الشافعي . ولأنهما وكلاء العامل في كسب مُبَاحٍ بِأَلَةٍ دفعها إليه . فأشبهه مَالُو دفع إليه أرضه ليزرعها ، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدم دكان ، ومن آخر رَحَى . ومن آخر بَقْلٍ ، ومن آخر العملُ ، على أن يطحنوا بذلك . فمَارِزُقَ الله تعالى فهو بينهم صحَّ . وكاتب بينهم على ما شرطوه . وقال القاضي : العقدُ فاسدٌ في المسألين جميعاً . وهو ظاهر قول الشافعي . لأن هذا لا يجوز أن يكون مُشَارَكَةً ولا مُضَارَبَةً ، لسكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما العَرُوض . ولأن من شرطهما عَوْدُ رأس المال سليماً ، بمعنى أنه لا يُسْتَحَقُّ شيء من الربح حتَّى يُسْتَوْفَى رأسُ المالِ بكامله . والراوِيَةُ ههنا تَحْلُقُ وَتَنْقُصُ ، ولا إجارة . لأنها تنقُصُ إلى مُدَّةٍ معلومةٍ ، وأَجْرٌ معلوم . فتسكون فاسدةً . فعلى هذا يكون الأَجْرُ كلاً في المسألة الأولى للِسْقَاءِ . لأنه لما غرِفَ الماء في الإِبَاءِ مَلَاكَه . فإذا باعه فتمنَّه له . لأنه عوضٌ مِلْكِهِ . وعليه لصاحبه أَجْرُ المثل لأنه استعمل مِلْكَهُما بِعَوَضٍ لم يُسَلِّمْ لهما . فكان لهما أَجْرُ المثل ، كسائر الإِجَارَاتِ الفاسدة . وأما في المسألة الثانية . فإنهم إذا طحنوا الرجل طعاماً بأَجْرَةٍ . نظرت في عقد الإجارة . فإن كان من واحد منهم ، ولم يذكر أصحابه ، ولا نواهم ، فالأَجْرُ كُلُّهُ له وعليه لأصحابه أَجْرُ المثل . وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كلِّ واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم ، فقال : استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا ، فالأَجْرُ بينهم أرباعاً . لأن كلَّ واحد منهم قد لزمه طحنُ رُبْعِهِ بِرَبْعِ الأَجْرِ . ويرجع كلُّ واحد منهم على أصحابه بِرُبْعِ أَجْرٍ مثله . وإن قال : استأجرت هذا الدُّكَّانَ والبَقْلَ والرَّحَى ، وهذا الرجل بكذا . وكذا ، لطحن كذا ، وكذا ، من الطعام صحَّ . والأَجْرُ بينهم على قدر أَجْرِ مثلهم لكلِّ واحد

(١) الراوية : القربة ونحوها التي يستقى بها الماء وأصلها الدابة التي يسقى عليها

من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين . وفي الآخر : يكون بينهم أربعاً ، بناءً على ما إذا تزوج أرباعاً بمهر واحد ، أو كانت أربعة أعبد بموَض واحد ، هل يكون الموَض أرباعاً أو على قدر قيمة هم ؟ على وجهين

﴿ مسألة ﴾

٣٥٧٢

قال **﴿ وإن اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدنان بمال غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما ، أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف . فكل ذلك جائز ﴾** ذكر أصحابنا للشركة الجائزة أربعاً . وقد ذكرنا نوعاً منها . وهو شركة الأبدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرق في خمسة أقسام . ثلاثة منها المضاربة : وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما .

وقسم منها شركة الوجوه : وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما . فقال القاضي : معنى هذا القسم : أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة . فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما . لأنهما إذا أخذوا المال بجاههما ، فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما ، وهذا محتمل . والذي قلنا : له وجه ، لسكونيهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما : واختارنا هذا التفسير . لأن كلام الخرق بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة . وعلى تفسير القاضي : يكون محلا بنوع منها ، وهي شركة الوجوه . ويكون هذا المذكور نوعاً من المضاربة . ولأن الخرق ذكر الشركة بين اثنين . وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي : تكون الشركة بين ثلاثة ، وهو خلاف ظاهر قول الخرق .

والقسم الخامس : إذا اشترك بدنان بماليهما . وهذه شركة المدان . وهي شركة متفق عليها . فأما شركة الوجوه : فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما ، وثقة التجار بهما ، من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين ، أو ثلاثاً ، أو أرباعاً ، أو نحو ذلك . وببعض ذلك ، فاقسم الله تعالى فهو بينهما . فهي جائزة ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره ، أو قدره ، أو وثقه ، أو ذكر صنف المال ، أو لم يميز شيئاً من ذلك ، بل قال : ما اشتريت من شيء فهو بينهما . وقال أحمد في رواية ابن منصور : في رجلين اشتركا بغير رموس أموالهما ، على أن ما يشتره كل واحد منهما . بينهما . فهو جائز . وبهذا قال الثوري ، ومحمد بن الحسين ، وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : لا يصح حتى يذكر الوقت ، أو المال ، أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك ، والشافعي : يشترط ذكر شرائط الوكالة . لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس ، وغيره من شرائط الوكالة .

ولنا : أنهما اشتركا في الاتباع . وأذن كل واحد منهما للآخر فيه ، فصح . وكان ما يقبا بمانه بينهما ، كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم : إن الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن ، والنوع ممنوع على رواية لنا . وإن سلمنا ذلك . فإنما يعتبر في الوكالة المفردة . أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة ، فلا يعتبر

فيها ذلك . بدليل المضاربة ، وشركة العنان . فإن في ضمها توكيلاً . ولا يُعترف فيها شيء من هذا ، كذا ههنا ، فعلى هذا إذا قال لرجل : ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان ، أو أطلق الوقت ، فقال : نعم أو قال : ما اشتريتُ أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز . وكانت شركة صحيحة . لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما . وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلاً له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن . فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع ، سواء خص ذلك بنوع من المتاع ، أو أطلق ، وكذلك إذا قال : ما اشتريته ، أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بينهما . فهو شركة صحيحة . وها في تصرفاتهما ، وما يجب لهما ، وعليهما ، وفي إقرارهما ، وخصومتها ، وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان ، على ما سذكروه إن شاء الله تعالى . وأبهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل . لأنه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه ، لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما ، والجاه ، والوجه واحد ، يقال : فلان وجيه ، إذا كان ذا جاه ، قال الله تعالى في موسى عليه السلام (٣٣ : ٦٩) وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهًا وفي بعض الآثار : أن موسى عليه السلام قال : يارب إن كان قد خَلَقَ ^(١) جاهي عندك فأسألك بحق النبي الأُمى الذى تبعمته في آخر الزمان ، فأوحى الله تعالى إليه : ما خَلَقَ جَاهُكَ عِنْدِي . وإليك عندي وَجِيه ^(٢) .

(فصل)

٣٥٧٣

القسم الثانى : أن يشترك بدنان بمالهما . وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة . وهى شركة العنان ، ومعناها : أن يشترك رجلان بمالهما ، على أن يعملأ فيهما . بأبدانها ، والربح بينهما . وهى جائزة بالإجماع ، ذكره ابن المنذر . وإنما اختلف في بعض شروطها ، واختلف في علة تسميتها شركة العنان . فقيل : سميت بذلك . لأنهما يتساويان في المال ، والتصرف ، كما غارسين إذا سَوَّيا بين فرسهما ، وتساويا في السير ، فإن عنانيهما يكونان سواء ، وقال الفرءاء . هى مشتقة من عن الشيء إذا عَرَضَ ، يقال : عَنَتُ لى حاجه إذا عَرَضْتُ ، فسميت الشركة بذلك ، لأن كل واحد منهما عن له أن يُشارك صاحبه ، وقيل : هى مشتقة من المعانقة ، وهى المعارضة . يقال : عانتُ فلاناً إذا عَارَضْتُهُ بمثل ماله ، وأفعاله ، فكل واحد من الشريكين مُعارض لصاحبه بماله ، وفعله . وهذا يرجع إلى قول الفرءاء .

(فصل)

٣٥٧٤

ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم ، والدنانير ، فإنها قيمُ الأموال ، وأمانُ البياعات .

(١) خلق : بلى وأصبح غير نافع للسؤال به ، كما يلى الثوب ويخلق .

(٢) هذا أثر لم تثبت صحته .

والناسُ يشتركون بها من لدُن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زَمَننا ، من غير تكبير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها ، في ظاهر المذهب . نصَّ عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وحرب . وحكاه عنه ابن المنذر ، وكره ذلك ابن سيرين ، ويحيى بن أبي كثير ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض ، أو قيمتها ، أو أثمانها ، لا يجوز وقوعها على أعيانها . لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفصلة برأس المال ، أو بمثلها . وهذه لا مثل لها ، فيُرجع إليه . وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر ، فيستوعب بذلك جميع الربح ، أو جميع المال . وقد تنقص قيمته ، فيؤدى إلى أن يشاركه لآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، ولا على قيمتها ، لأن القيمة غير متحققة النذر ، فيفضى إلى التنازع . وقد يُقوِّم الشيء بأكثر من قيمته . ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه ، فيشاركه لآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها . لأنها معدومة حال العقد ، ولا يملكها . ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به ، فقد خرج عن مكانه ، وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فلمّا تصيرُ شركة مُعلّقة على شرط ، وهو بيعُ الأعيان ، ولا يجوز ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال . قال أحمد : إذا اشتركا في العروض يُقسَّم الربح على ما اشترطا ، وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمقاييس ، قال : جائزٌ ، فظاهر هذا صحة الشركة بها ، اختار هذا أبو بكر ، وأبو الخطاب . وهو قول مالك ، وابن أبي ليلى . وبه قال في المضاربة طائوس ، والأوزاعي ، وحمام بن أبي سليمان . لأن مقصود الشركة جواز تصريفهما في المابين جميعاً ، وكون ربح المابين بينهما ، وهذا يحصل في العروض ، كحصوله في الأثمان . فيجب أن تصح الشركة ، والمضاربة بها ، كالأثمان ، ويرجع كل واحد منهما عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد ، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها . وقال الشافعي : إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب ، والأذهان ، جازت الشركة بها ، في أحد الوجهين . لأنها من ذوات الأمثال . أشبهت النقود ويرجع عند المفصلة بمثلها . وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يحز وجهاً واحداً ، لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها . ولنا : أنه نوع شركة ، فاستوى فيها ماله مثل من العروض ، وما لا مثل له ، كالمضاربة . وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ، ولأنها ليست بنقد ، فلم تصح الشركة بها ، كالذي لا مثل له .

(فصل)

٣٥٧٥

والحكم في النقرة^(١) كالحكم في العروض . لأن قيمتها تزيد ، وتنقص وهي كالعروض .

(١) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة

وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان ، قلّ الغشُّ أو كثر . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الغشُّ أقلَّ من النصف جاز ، وإن كثر لم يحز . لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول

ولنا : أنها مغشوشة ، فأشبه ما لو كان الغشُّ أكثر . ولأن قيمتها تزيد وتنقص ، أشبهت المروض . وقولهم : الاعتبار بالغالب . ليس بصحيح . فإن الفضة إذا كانت أقلَّ لم يسقط حكمها في الزكاة . وكذلك الذهب . اللهم إلا أن يكون الغشُّ قليلاً جداً لمصلحة النقد ، كيسير الفضة في الدينار ، مثل الحبة ونحوها ، فلا اعتبار به . لأنه لا يمكن التحرُّز منه ، ولا يؤثر في الربا ، ولا في غيره .

(فصل)

٣٥٧٦

ولا تصح الشركة بالفلوس ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن القاسم صاحب مالك . ويتخرَّج الجواز إذا كانت نافقة^(١) . فإن أحمد قال : لا أرى السَّلَمَ في الفلوس . لأنه يشبه العتْرَفَ ، وهذا قول محمد بن الحسن ، وأبي ثور ، لأنها بمن ، فجازت الشركة بها ، كالدرهم والدنانير ، ويحتمل جواز الشركة بها على كلِّ حال ، نافقة كانت ، أو غير نافقة ، بناءً على جواز الشركة بالمروض .

ووجه الأول . أنها تنفقُ مرّةً ، وتكتسبُ أخرى . فأشبهت المروض . فإذا قلنا بصحة الشركة فيها ، فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها . وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالمرروض .

(فصل)

٣٥٧٧

ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ، ولا جزافاً . لأنه لا بدّ من الرجوع به عند المفارقة ، ولا يمكن مع الجهل ، والجزاف . ولا يجوز بمال غائب ، ولا دين ، لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال ، وهو مقصود الشركة .

(فصل)

٣٥٧٨

ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس ، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم ، والآخر دنانير ، نصّ عليه أحمد . وبه قل الحسن ، وابن سيرين . وقال الشافعي : لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مالٍ واحدٍ ، بناءً على أن خايط المالكين شرط . ولا يمكن إلا في المال الواحد . ونحن لا نشترط ذلك ، لأنهما من جنسٍ لأنهما فصّلتا الشركة فيما ، كالجنس الواحد ، ومتى تفادى ليرجع هذا بدنانيره ، وهذا بدراهمه ، ثم اتفقا الفضل . نصّ عليه أحمد . فقال : يرجع هذا بدنانيره ، وهذا بدراهمه . وقال :

(١) نافقة : رابحة جارية في الأسواق

كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي : إذا أرادا الفاصلة قوَّما المتاع بنقد البلد ، وقوَّما مال الآخر به .
ويكون التقويم حين صرف الثمن فيه .

ولنا : أن هذه شركة صحيحة ، رأس المال فيها الأثمان ، فيكون الرجوع بجنس رأس المال ، كما لو كان
الجنس واحدا .

(فصل)

٣٥٧٩

ولا يشترط تساوى المالكين في القدر . وبه قال الحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والشافعي ، وإسحاق ،
وأصحاب الرأي . وقال بعض أصحاب الشافعي : يشترط ذلك .

ولنا : أنهما مالان من جنس الأثمان . فجاز عقد الشركة عليهما ، كما لو تساويا .

(فصل)

٣٥٨٠

ولا يشترط اختلاط المالكين إذا عيّناهما ، وأحضرهما . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكا
شرط أن تكون أيديهما عليه ، بأن يجعلاه في حانوت لهما ، أو في يد وكيلهما . وقال الشافعي : لا يصح
حتى يخلط المالكين . لأنهما إذا لم يخلطهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه . أو يزيد له دون
صاحبه ، فلم تنعقد الشركة ، كما لو كان من المكيل .

ولنا : أنه عقد يقصد به الربح ، فلم يشترط فيه خلط المال ، كالمضاربة . ولأنه عقد على التصرف ،
فلم يكن من شرطه الخلط ، كالوكالة ، وعلى مالك : فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه ،
كالوكالة ، وقولهم : إنه يتلف من مال صاحبه ، أو يزيد على ملك صاحبه ، ممنوع ، بل ما يتلف من مالهما
وزيادته لهما . لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه ، فيكون تافه
سهما ، وزيادته لهما . وقال أبو حنيفة : متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه .

ولنا : أن الوضعية ، والضمن أحد موجبي الشركة ، فتعلق بالشريكين ، كالربح ، وكما لو اختلطا .

(فصل)

٣٥٨١ ومتى وقعت الشركة فاسدة . فأنهما يقسمان الربح على قدر رأس أموالهما ، ويرجع كل
واحد منهما على الآخر بأجر عمله . نص عليه أحمد في المضاربة . واختاره القاضي . وهو مذهب أبي حنيفة ،
والشافعي . لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد ، كالبيع الفاسد إذا تاف المبيع في يد المشتري ، إلا أن يكون
مال كل واحد منهما مميّزا وربحه معلوما . فيكون له ربح ماله ، ولو ربح في جزء منه ربحا مميّزا . وباقيه
مختلط ، كان له ما يميز من ربح ماله ، وله بحصته باقي ماله من ربح واختار الشريف أبو جعفر أنهما
يقسمان الربح على ما شرطاه ، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله ، وأجراها مجرى الصحيحة في
جميع أحكامها . قل : لأن أحمد قال : إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه . واحتج بأنه

عقد يصح مع الجهالة . فيثبت المسمى في فاسده ، كالنكاح . والمذهب الأول ، قاله القاضى ، وكلام أحد محمول على الرواية الأخرى في تصحيح المضاربة بالمعروض . لأن الأصل كون ربح مال كل واحد للمالك . لأنه مماؤه . وإتمام ترك ذلك بالعقد الصحيح . فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقى الحكم على مقتضى الأصل ، كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله .

(فصل)

٣٥٨٢

وشركة العنان مبنية على الوكالة ، والأمانة . لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمده ، وإذنه له في التصرف وكّله ، ومن شرط صحتها : أن يأذن كل واحد منها لصاحبه في التصرف . فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها . وإن عتب له جنساً ، أو نوعاً ، أو بلداً تصرف فيه دون غيره . لأنه متصرف بالإذن ، فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ، ويشترى مساومةً ، ومراحةً ، وقوليةً ، ومواضعةً ، وكيف رأى المصلحة . لأن هذا عادة التجار . وله أن يقبض المبيع ، والتمن ، ويقبضهما ، ويخاصم في الدين ، ويطالب به ، ويحيل ، ويحقال ، ويرد بالعيب فيما وليه هو ، وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة وبوَجَر . لأن المنافع أجريت بحجوى الأعيان ، فصار كالشراء ، والبيع ، والمطالبة بالأجر لهما ، وعليهما . لأن حقوق العقد لا تختص بالعقد .

(فصل)

٣٥٨٣

وليس له أن يكتب الرقيق ، ولا يمتق على مال ، ولا غيره ، ولا يزوج الرقيق . لأن الشركة تنعقد على التجارة . وأبست هذه لأنواع تجارة سيما تزوج العبد : فإنه محض ضرر ، وليس له أن يقرض ، ولا يحابي . لأنه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ، ولا يدفعه مضاربة . لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً ، ويستحق ربحه غيره . وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ، ولا مال غيره . لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . ولا يأخذ بالمال سُمْفَجة^(١) ، ولا يمتطى به سُمْفَجة . لأن في ذلك خطراً لم يؤذن فيه . وليس له أن يستدين على مال الشركة . فإن فعل فذلك له ربحه وعليه ضيعته ، قال أحمد في رواية صالح ، فيمن استدان في المال بوجه ألفاً : فهو له ، وربحه له ، ولو ضيعه عليه ، وقال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما ، وربحه لهما . لأنه تملك مال بمال ، فهو كالصرف . ونص أحمد يخالف هذا . ولأنه أدخل في الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه ، فلم يجوز ، كما لو ضم إليها ألفاً من ماله . ويفارق الصرف . لأنه بيع ، وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثياب بالدراهم . وليس له أن يقر على مال الشركة . فإن فعل لزم في حقه دون صاحبه ، سواء أقر بهين أو دين .

(١) السُمْفَجة : ملك يده صاحب مال في بلد آخر استقرض منه ماله في بلد آخر يستوفى في البلد الآخر فيستفيد أمن العارقي

لأن شريكه إنما أذن في التجارة ، وليس الإقرار داخلاً فيها ، وإن أقرّ بعيب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب ، نصّ عليه أحد . وكذلك إن أقرّ ببقية ثمن البيع ، أو بجميعة ، أو بأجر للمنادى ، أو الخيال ، وأشباه هذا ينبغي أن يقبل . لأنّ هذا من توابع التجارة ، فكان له ذلك كتسليم المبيع ، وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها . وله أن يعطى أرش العيب ، أو يحطّ من ثمنه ، أو يؤخر ثمنه ، لأجل العيب . لأن ذلك قد يكون أحطّ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداءً ، أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم في حقّه . وبطل في حقّ شريكه . لأنه تبرّع ، والتبرّع يجوز في حقّ نفسه دون شريكه . وإن كان لهما دين حال فأقرّ أحدهما حصّته من الدين جاز . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا : أنه أسقط حقّه من المطالبة ، فصحّ أن ينفرد أحدهما به ، كالإبراء .

(فصل)

٣٥٨٤

وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين ، بناءً على الوكيل ، والمضارب . وسنذكر ذلك . وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله ، أو نقد من غير جنسه ، أو اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز . لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي ممّا في يديه . فلا يفضى إلى الزيادة في الشركة . وإن لم يسكن في يده نقد ، ولا مثلي من جنس ما اشترى به ، أو كان عنده عرض ، فاستدان عرضاً ، فالشراء له خاصّة ، وربح له ، وضمانه عليه . لأنه استدانه على مال الشركة . وليس له ذلك على ما أسلفناه . والأولى : أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز ، لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة . فأشبهه مالو كان عنده نقد . ولأنّ هذا عادة التجار ، ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يبيع أو يودع ؟ على روايتين .

إحداها : له ذلك . لأنه عادة التجار . وقد تدعو الحاجة إلى الإبداع .

والثانية : لا يجوز . لأنه ليس من الشركة وفيه غرر . والصحيح : أن الإبداع يجوز عند الحاجة إليه . لأنه من ضرورة الشركة . أشبه دفع المتاع إلى الخيال ، وفي التوكيل فيما يتولّى مثله بنفسه وجهان ، بناءً على الوكيل . وقيل : يجوز للشريك التوكيل ، بخلاف الوكيل . لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد ، مثل العقد ، والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخصّ منه ، ودونه . لأن التوكيل أخصّ من عقد الشركة ، فإن وكلّ أحدهما ملك الآخر عزّله . لأن لكل واحد منهما التصرف في حقّ صاحبه بالتوكيل ، فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما ، أو يرهن بالدين الذي لهما ؟ على وجهين .

أحدهما : أن له ذلك عند الحاجة . لأن الرهن يُراد للإبقاء ، والارتهان يراد للاستيفاء . وهو يملك الإيفاء ، والإستيفاء ، فلك ما يراد لهما .

والثاني : ليس له ذلك . لأن فيه خطراً . ولا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد ، أو من غيره . لكون القبض من حقوق العقد ، وحقوق العقد لا تختص العاقد ، فكذلك ما يُراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان . نذكرهما في المضاربة ، فأما الإقالة فالأولى : أنه يملكها . لأنها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع . وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بآرد بالعيب ، وإذا رأى المصلحة فيه . فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظ فيه . فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد عُين فيه . ويحتمل أن لا يملكها ، إذا قلنا : هو فسخ ، لأن الفسخ ليس من التجارة ، وإن قال له : اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة : من الإبطاع ، والمضاربة بالمال ، والمشاركة به ، وخلطه بماله ، والسفر به ، والإيداع ، والبيع نساءً ، والرهن ، والارتهان ، والإقالة ، ونحو ذلك . لأنه فوتض إليه الرأى في التصرف الذى تقتضيه الشركة ، فجاز له كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تملكاً بغير عوض كالهبة والخطيطة لغير فائدة . والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله . لأنه إنما فوتض إليه العمل برأيه في التجارة . وليس هذا منها .

(فصل)

٣٥٨٥

وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة ، فربحه له ، ووضعيقه عليه ، دون صاحبه . لأنه يستحق ذلك في مقابلة عمله ، وليس ذلك من المال الذى اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة : إذا ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح في شركة الأول ، إذا كان فيه ضرر على الأول . فيجىء ههنا مثله .

(فصل)

٣٥٨٦

والشركة من العقود الجائزة . تبطل بموت أحد الشريكين ، وجنونه ، والحجر عليه لفسه ، وبالفسخ من أحدهما . لأنها عقد جائز . فبطلت بذلك ، كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول ، فلم يكن له أن يتصرف إلا فى قدر نصيبه . وللعازل التصرف فى الجميع . لأن المعزول لم يرجع عن إذنه ، هذا إذا كان المال ناضاً^(١) ، وإن كان عرضاً فذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحد : أنه لا ينعزل بالعزل ، وله التصرف حتى ينض المال ، كالضارب إذا عزل رب المال . وينبغى أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى ، أو التصرف بغير ما ينض به المال . وذكر أبو الخطاب : أنه يُعزل مطلقاً . وهو مذهب الشافعى . لأنه عقد جائز . فأشبهه

(١) ناضاً : أى صار نقداً ، ولم يكن أمانة .

الوكالة ، فعلى هذا إن اتفقا على البيع ، أو القسمة فملاً . وإن طالب أحدهما القسمة ، والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع .

فإن قيل : أليس إذا فسخ رب المال المضاربة ، فطلب العامل البيع أجيب إليه ؟ فالجواب : أن حق العامل في الربح ، ولا يظهر الربح إلا بالبيع ، فاستحقاقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسألتنا : ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع ، فلم يجبر على البيع .

(فصل)

٣٥٨٧

فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد ، فله أن يُقيم على الشركة ، ويأذن له الشريك في التصرف . وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان مولىً عليه قام وليه مقامه في ذلك ، إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه ، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة ، أو ببعضه لم يَنْفِصْ فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا . وإن وصى به لغير معين ، كالقراء لم يجز للوصى الإذن في التصرف . لأنه قد وجب دفعه إليهم ، فيعزل نصيبهم ، ويفرقه بينهم . وإن كان على الميت دين تعلق بتركته . فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضى دينه . فإن قضاء من غير مال الشركة فله الإتمام . وإن قضا منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

(فصل)

٣٥٨٨

القسم الثالث : أن يشترك بدن ومال . وهذه المضاربة . وتسمى قراضاً أيضاً . ومعناها : أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه . على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه . فأهل العراق يسمونه مضاربةً ، مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة . قال الله تعالى (٧٣ : ٢٠) وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم ، وبسميه أهل الحجاز القراض . فقيل : هو مشتق من القطع . يقال . قرض الفأر الثوب إذا قطعه . فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعةً وسلّمها إلى العامل ، واقتطع له قطعةً من الربح ، وقيل : اشتقاقه من المساواة ، والموازنة . يقال : تقارض الشاعران ، إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره . وهمنا من العامل العمل ، ومن الآخر المال ، فتوازن .

وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة . ذكره ابن المنذر . وروى عن حميد بن عبد الله ، عن أبيه ، عن جدّه « أن عمر بن الخطاب أعطاه مالَ يَتِمُّ مُضَارَبَةً يَفْعَلُ بِهِ فِي الْعِرَاقِ » وروى مالك ، عن زيد بن أسلم ، عن أبيه « أن عبد الله ، وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق ، فتسلفا من أبي موسى مالا وابتعاهما به متاعا ، وقدما به إلى المدينة ، فباعاه وربحاه فيه . فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله . فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا . فلم لا يكون ربحه لنا ؟

فقال رجل : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضاً ؟ قال : قد جعلته . وأخذَ منهما نصفَ الربحِ » وهذا يدلُّ على جوازِ القراضِ . وعن مالك ، عن العلاء ابن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن جده « أن عثمانَ قَارَضَهُ » وعن قتادة عن الحسن : أن علياً قال « إِذَا خَالَفَ الْمُضَارِبُ فَلَا ضَمَانَ ، هُمَا عَلَى مَا شَرَطَا » وعن ابن مسعود ، وحكيم بن حزام « أَنَّهُمَا قَارِضَا » ولا يُخَالَفُ لَهَا فِي الصَّحَابَةِ . فحصل إجماعاً . ولأنَّ الناسَ حاجةٌ إلى المضاربة . فإنَّ الدراهم ، والدنانير لا تُنَمَّى إِلَّا بِالْقَلْبِ والتَّجَارَةِ . وليس كلُّ من يملكها يحسن التجارة . ولأنَّ كلَّ من يحسن التجارة له رأس مال . فاحتيج إليها من الجانبين . فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين .

إذا ثبت هذا . فإنها تذهب بلفظ : المضاربة ، والقراض . لأنهما لفظان موضوعان لها ، أو بما يؤدى معناها . لأن المقصود المعنى . فجاز بما دلَّ عليه ، كلفظ التملك في البيع .

(فصل)

٣٥٨٩

وحكمها حكم شركة العنان ، في أن كلَّ ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله ، وما مُنِعَ منه للمضارب ، وما اختلف فيه ثمَّ فهمنا مثله ، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة . وما لا يجوز ثمَّ لا يجوز ههنا على ما فصلناه .

(فصل)

٣٥٩٠

القسم الرابع : أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما . فهذا يجمع شركة ومضاربة . وهو صحيح . فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم ، لأحدهما ألف ، وللآخر ألفان ، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها ، على أن يكون الربح بينهما نصفين صحَّ . ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحقِّ ماله ، والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه ، وللعامل رُبُعُه . وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم ، منها ثلاثة للعامل ، حصّة ماله سهمان ، وسهمٌ يستحقّه بعمله في مال شريكه ، وحصّة مال شريكه أربعة أسهم ، للعامل سهم ، وهو الربع .

فإن قيل : فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مُشاع ؟

قلنا : إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف ، بخلاف ما إذا كانت مع العامل . فإنها لا تمنعه من التصرف . فلا تمنع من صحّة المضاربة ، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فالصاحبه بضاعة في يده ، وليست مضاربة . لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما ، فأما إذا قال : ربح مالك لك ، وربح مالى لى ، فقبل الآخر . كان إبطاعاً لا غير . وبهذا كلمة قال الشافعى ، وقال مالك : لا يجوز أن يضمَّ إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضمَّ إليه عقد إجارة .

ولنا : أنهما لم يجعلاً أحد العقدین شرطاً للآخر . فلم نمنع من جمعهما ، كما لو كان المال متميزاً .

(فصل)

٣٥٩١

إذا دفع إليه ألفاً مضاربة ، وقال : أضف إليه ألفاً من عندك ، واتجر بها ، والربح بيننا ، لك ثلثاه ، ولى ثلثه جاز . وكان شركة وقراضاً ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح . لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل .

ولنا : أنهما تساويا في المال ، وانفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح . كما لو لم يسكن له مال . وقولهم : إن الربح تابع للمال وحده : ممنوع ، بل هو تابع لما . كما أنه حاصل بهما . فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز . وقال القاضي : يجوز ، بناءً على جواز تفاضلهما في شركة العنان . ولنا : أنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له ، فلا يصح . كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان . لأن فيها عملاً منهما . فجاز أن يتفاضلا في الربح ، لتفاضلهما في العمل ، بخلاف مسألتنا . وإن جعل الربح بينهما نصفين ، ولم يقلوا مضاربة جاز . وكان إبطاعاً كما تقدم . وإن قالوا مضاربة فسد العقد . لما سذكروه إن شاء الله تعالى .

(فصل)

٣٥٩٢

القسم الخامس : أن يشترك بدنان بمال أحدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ، ويعملان فيه معاً ، واربح بينهما . فهذا جائز . ونص عليه أحمد في رواية أبي الخارث ، وتكون مضاربة . لأن غير صاحب المال يستحق الشروط له من الربح بعمله في مال غيره . وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد ، والقاضي ، وأبو الخطاب : إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح . وهذا مذهب مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ، ويخلى بينه ، ويبينه . لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب . فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه ، فيخالف موضوعها ، وتأول القاضي كلام أحمد ، والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط .

ولنا : أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالإلزام . وقولهم : إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل : ممنوع ، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه . وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل . ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ، ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما .

(فصل)

٣٥٩٣

وإن شرط أن يعمل معه غلامٌ ربَّ المال صحَّ ، وهذا ظاهر كلام الشافعي . وقول أكثر الصحابة . ومنعه بعضهم . وهو قول القاضي . لأنَّ يد الغلام كيد سيده . وقال أبو الخطاب : فيه وجهان أحدهما : الجواز . لأنَّ عمل الغلام مال سيده . فصَحَّ ضمُّه إليه ، كما يصحُّ أن يضمَّ إليه بهيمةٌ يعملُ عليها^(١)

(فصل)

٣٥٩٤

وأما شركة المفاوضة فنوعان .

أحدهما : أن يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه ، والأبدان ، فيصحُّ ذلك . لأنَّ كلَّ نوع منها يصحُّ على انفراده . فصَحَّ مع غيره . والثاني : أن يُدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث ، أو بجدُّه من ركاز ، أو أقطعة . ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر ، من أرش جنابة ، وضمَّان غَضَب ، وقيمة مُتَلَف ، وغرامة الضمان ، أو كفالة . فهذا قاسد ، وبهذا قال الشافعي ، وأجازة الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة . وحُكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً . وهي أن يكونا حرَّين ، مسلمين ، وأن يكون مالهما في الشركة سواءً ، وأن يُخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة ، وهو الدراهم ، والدنانير . واحتجَّوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تَفَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوَضَةَ » ولأنَّها نوعٌ شركة يختصُّ باسمٍ ، فكان فيها صحيح كشركة العنان . ولنا : أنه عقد لا يصح بين الكافرين ، ولا بين كافر ومسلم ، فلم يصح بين المسلمين ، كسائر العقود الفاسدة . ولأنَّه عقد لم يرد الشرع بمثله ، فلم يصح كما ذكرنا . ولأنَّ فيه غرراً . فلم يصح كبيع الفرر ، وبيان غرره : أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به . وقد أدخلنا فيه الأكساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ، ولا رواه أصحاب السنن ، ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد . فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ، ولهذا روى فيه « وَلَا تَجَادَلُوا فَإِنَّ الْمُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ » وأما القياس : فلا يصح . فإن اختصاصها باسمٍ لا يقتضي الصحة ، كبيع المناينة^(٢) ، والملازمة ، وسائر البيوع ، الفاسدة . وشركة العنان تصح من الكافرين ، والكافر والمسلم ، بخلاف هذا .

(١) والوجه الثاني مفهوم من الوجه الأول وهو مفهوم الجواز .

(٢) بيع المناينة : أن يبتدأ أي يرمى كل من المتابعين المبيع إلى الآخر فيجب البيع ، ويبع الملامسة أن يلمس كل من المتابعين المبيع فيجب البيع .

٣٥٩٥

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والربح على ما اصطلاحا عليه ﴾

بمعنى في جميع أقسام الشركة . ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح ، أو نصفه ، أو ما يُجْعَلُ عليه ، بعد أن يكون ذلك معلوماً ، جزءاً من أجزاء . ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله . فجاز ما يتفقان عليه ، من قليل وكثير . كالأجرة في الإجارة ، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة .

وأما شركة العنان — وهو أن يشترك بدنان بماليهما — فيجوز أن يجعل الربح على قدر المالين . ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال . وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعي : من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين . لأن الربح في هذه الشركة تتبع للمال . بدليل أنه يصح عقد الشركة . وإطلاق الربح ، فلا يجوز تغييره بالشرط ، كالوضيمة .

ولنا : أن العمل مما يستحق به الربح ، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما ، كما مضاربين لرجل واحد . وذلك لأن أحدهما قد يكون أبعز بالتجارة من الآخر ، وأقوى على العمل . فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله ، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب .

بحققه : أن هذه الشركة معقودة على المال ، والعمل جميعاً ، ولكل واحدٍ منهما حصّة من الربح إذا كان منفرداً . فكذلك إذا اجتمعا ، وأما حالة الإطلاق . فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ، ويتقدّر به ، قدرناه بالمال ، لعدم الشرط . فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه . كالمضاربة ، يُصار إلى الشرط ، فإذا عُدِمَ وقال : الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضيمة . فإنها لا تعلق إلا بالمال ، بدليل المضاربة .

وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرد ، وهما يتفاضلان فيه مرةً ويتساويان أخرى ، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة ، أو تفاضل . كما ذكرنا في شركة العنان ، بل هذه أولى . لا نعمادها على العمل المجرد .

وأما شركة الوجوه : فكلام الخِرَقِيّ بعمومه يقتضى جواز ما يتفقان عليه من مساواة ، أو تفاضل . وهو قياس المذهب . لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه . فكذلك هذه . ولأنها تنعقد على العمل وغيره . فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان ، وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشرعى . لأن الربح يستحق بالضمان . إذ الشركة وقعت عليه خاصّةً . إذ لا مال عندهما ، فيشتركان على العمل ، والضمان لا تفاضل فيه . فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا : إنَّها شركة فيها عمل ، فجاز ما اتفقا عليه في الربح ، كسائر الشركات . وقول القاضى : لآمال لها يعملان فيه . قلنا : إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتَّخذانه بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى . فكذا ههنا .

أما المضاربة التى فيها شركة . وهى أن يشترك مالان ، وبدن صاحب أحدهما : مثل أن يُخرج كل واحد منهما ألفاً . وبأذن أحدهما الآخر في التجارة بهما . فهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز ، لأنه مُضارب لصاحبه في ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه ، بغير خلاف ، وإن شرط له دون نصف الربح لم يجز . لأن الربح يستحق بمال ، وعمل . وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل ، لا مقابل له ، فبطل شرطه ، وإن جعل الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ، ولا مضاربة . لأن شركة العنان تقتضى أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ، ولم يجعل له ههنا في مقابلة عمله شيئاً ، وإنما جعل الربح على قدر المالكين ، وعمله ، في نصيب صاحبه تبرع ، فيكون ذلك إبطاءً . وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض . فإن كان العامل اقترض الألف ، أو بعضها من صاحبه لم يجز . لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه ، وذلك غير جائز . وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما ، مثل أن يُخرج أحدهما ألفاً ، ويعملان جميعاً فيه . فإنَّ للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه ، لأنه مُضارب محض ، فأشبهه ما لو لم يعمل معه ربُّ المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلاحنا عليه في جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا في المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا .

(فصل — ل)

٣٥٩٦

ومن شرط صحة المضاربة : تقدير نصيب العامل . لأنه يستحقه بالشرط ، فلم يقدر إلآ به . ولو قال : خُذ هذا المال مُضاربةً ، ولم يُسمَّ للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لربِّ المال ، والوضعية عليه . وللعامل أجر مثله ، نص عليه أحمد . وهو قول الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعى : الربح بينهما نصفين . لأنه لو قال : والربح بينهما لكان بينهما نصفين ، فكذلك إذا لم يذكر شيئاً .

ولنا : أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد ، وقوله : مُضاربةً اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً ، فلم تصح المضاربة به . كما لو قال : ولك جزء من الربح . فأما إذا قال : والربح بيننا ، فإن المضاربة تصح ، ويكون بينهما نصفين . لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر . فاقضى التسوية ، كما لو قال : هذه الدار بينى وبينك . وإن قدر نصيب العامل ، فقال : ولك ثلث الربح ، أو

رُبُّهُ ، أو جزء معلوم ، أى جزء كان ، فالباقي لرب المال . لأنه يستحق الربح بماله ، لسكونه
نماءً ، وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط . فاشترط له استحققه ، وما بقى فله الربح بماله بحكم الأصل . وإن
قدر نصيب رب المال ، مثل أن يقول : ولى ثلث الربح ، ولم يذكر نصيب العامل ، ففيه وجهان :
أحدهما : لا يصح . لأن العامل إنما يستحق بالشرط ، ولم يشترط له شيء ، فتسكون
المضاربة فاسدة .

والثاني : يصح ، ويكون الباقي للعامل . وهذا قول أبي ثور ، وأصحاب الرأي لأن الربح لهما لا يستحقه
غيرهما . فإذا قدر نصيب أحدهما منه ، فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ ، كما علم ذلك من قوله تعالى
(٤ : ٢٤) فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ) ولم يذكر نصيب الأب ، فعلم أن الباقي له .
ولأنه لو قال : أوصيت بهذه المائة لزيد ، وعمرو ، نصيب زيد منها ثلاثون ، كان الباقي لعمرو ، كذا همنا ،
وإن قال : لى النصف ، ولك الثلث ، وسكت عن السدس صح ، وكان لرب المال . لأنه لو سكت
عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال . فكذلك إذا ذكر بعضه ، وترك بعضه ، وإن قال :
خذ مِضْرَابَةً عَلَى الثُّلُثِ ، أو النصف ، أو قال : بالثلث ، أو الربع صح . وكان تقدير النصيب للعامل .
لأن الشرط يُراد لأجله . فإن رب المال يستحق بماله ، لا بالشرط ، والعامل يستحق بالعمل ، والعمل
يكثُر ويقل . وإنما تنقدر حصته بالشرط ، فكان الشرط له ، ومتى شرطاً لأحدهما شيئاً واختلفاً في الجزء
المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل ، قليلاً كان ؛ أو كثيراً ، لذلك . وإن قال : خذ مِضْرَابَةً ، ولك ثلث
الربح ، وثلث ما بقى صح ، وكان له خمسة أنصاف . لأن هذا معناه . وإن قال : لك ثلث الربح ، وربع
ما بقى فله النصف . وإن قال : لك ربع الربح وربع ما بقى فله ثلاثة أثمان ، ونصف ثمن ، وسواء عرفنا
الحساب ، أو جهلاه . لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة . فأشبه ما لو شرط الخمسين . ومذهب الشافعى في
هذا الفصل كله كذهبننا .

(فصل)

٣٥٩٧

وإن قال : خذ مِضْرَابَةً ، ولك جزء من الربح ، أو شركة في الربح ، أو شيء من الربح ، أو
نصيب ، أو حظ لم يصح . لأنه مجهول . ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال : خذ ولك
مثل ما شرطت لفلان ، وهما يعلمان ذلك صح . لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما ، وإن كانا لا يعلمانه ، أو لا يعلمه
أحدهما فسدت المضاربة ، لأنه مجهول .

(فصل)

٣٥٩٨

وإن قال : خذ هذا المال فاتجر به ، وربحه كله لك ، كان قرضاً ، لا قراضاً . لأن قوله : خذ
(م ٤ — المفق — خامس)

فَاتَّجَرَ بِهِ يَصْلُحُ لَهَا ، وَقَدْ قَرْنَ بِهِ حُكْمُ الْقَرْضِ ، فَاَنْصَرَفَ إِلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ : وَلَا ضِمَانٌ عَلَيْكَ . فَهَذَا قَرْضٌ شَرْطُ فِيهِ نَقْيُ الضَّمَانِ ، فَلَا يَنْتَقِي بِشَرْطِهِ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ ، فَقَالَ : خَذْ هَذَا قَرْضًا ، وَلَا ضِمَانٌ عَلَيْكَ ، وَإِنْ قَالَ : خَذْهُ فَاتَّجَرَ بِهِ ، وَالرَّيْحُ كُلُّهُ لِي ، كَانَ إِبْضَاعًا . لِأَنَّهُ قَرْنَ بِهِ حُكْمُ الْإِبْضَاعِ ، فَاَنْصَرَفَ إِلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ : وَعَلَيْكَ ضِمَانُهُ لَمْ يَضْمَنْهُ . لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي كَوْنَهُ أَمَانَةً غَيْرَ مَضْمُونَةٍ ، فَلَا يَزُولُ ذَلِكَ بِشَرْطِهِ . وَإِنْ قَالَ : خَذْهُ مُضَارَبَةً ، وَالرَّيْحُ كُلُّهُ لَكَ ، أَوْ كُلُّهُ لِي . فَهُوَ عَقْدٌ فَاسِدٌ ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ : وَالرَّيْحُ كُلُّهُ لِي كَانَ إِبْضَاعًا صَحِيحًا . لِأَنَّهُ أَثْبَتَ لَهُ حُكْمَ الْإِبْضَاعِ ، فَاَنْصَرَفَ إِلَيْهِ ، كَالَّتِي قَبْلُهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : يَكُونُ مُضَارَبَةً صَحِيحَةً فِي الصَّوْرَتَيْنِ ، لِأَنَّهُمَا دَخَلَا فِي الْقِرَاضِ فَإِذَا شَرْطَ لِأَحَدِهِمَا ، فَكَانَ هَبَ الْآخَرَ نَصِيبَهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ .

وَلَنَا : أَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي كَوْنَ الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا . فَإِذَا شَرْطَ اخْتِصَاصَ أَحَدِهِمَا بِالرَّيْحِ فَقَدْ شَرْطَ مَا يُنَاقِ مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَفَسَدَ ، كَمَا لَوْ شَرْطَ الرَّيْحَ كُلَّهُ فِي شَرَكَةِ الْعَيْنَانِ لِأَحَدِهِمَا . وَيُقَارَقُ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُضَارَبَةً . لِأَنَّ اللَّفْظَ يَصْلُحُ لِمَا أَثْبَتَ حُكْمَهُ مِنَ الْإِبْضَاعِ ، وَالْقِرَاضِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالْمُضَارَبَةِ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ لَا يَصَحُّ لِأَنَّ الْمُهَبَةَ لَا تَصَحُّ قَبْلَ وَجُودِ الْمَوْهُوبِ .

(فصل)

٣٥٩٩

وَيَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا إِلَى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ . فَإِنْ شَرْطَ لَهَا حِزْمًا مِنَ الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ جَازَ . وَإِنْ قَالَ : اسْكَمَا كَذَا ، وَكَذَا مِنَ الرَّيْحِ ، وَلَمْ يَبَيِّنْ كَيْفَ هُوَ ؟ كَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، لِأَنَّ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي الْقِسْوَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَامِلِهِ : وَالرَّيْحُ بَيْنَنَا . وَإِنْ شَرْطَ لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَ الرَّيْحِ ، وَالْآخَرَ رُبْعَهُ ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَ لَهُ جَازَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَجُوزُ . لِأَنَّهُمَا شَرِكَا فِي الْعَمَلِ بِأَبْدَانِهِمَا ، فَلَا يَجُوزُ تَفَاضُلُهُمَا فِي الرَّيْحِ ، كَشَرِكِي الْأَبْدَانِ .

وَلَنَا : أَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وَلِأَنَّهُمَا يَسْتَحَقُّانِ بِالْعَمَلِ وَهُمَا يَتَفَاضَلَانِ فِيهِ . فَجَازَ تَفَاضُلُهُمَا فِي الْعَمَلِ كَالْأَجِيرَيْنِ . وَلَا نُسَلِّمُ وَجُوبَ التَّسَاوِي فِي شَرَكَةِ الْأَبْدَانِ ، بَلْ هِيَ كَمَا سَأَلْتَنَا فِي جَوَازِ تَفَاضُلِهِمَا . ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ ذَلِكَ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، وَهَذَانِ عَقْدَانِ .

(فصل)

٣٦٠٠

وَإِنْ قَارَضَ اثْنَانِ وَاحِدًا بِأَلْفٍ لَهَا جَازَ . وَإِذَا شَرْطَ لَهُ رِبْحًا مُتَسَاوِيًا مِنْهُمَا جَازَ . وَإِنْ شَرْطَ أَحَدُهُمَا لَهُ النِّصْفَ ، وَالْآخَرَ الثُّلُثَ جَازَ . وَيَكُونُ بَاقِي رِبْحِ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ . وَإِنْ شَرْطَا كَوْنَ الْبَاقِي مِنَ الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَمْ يَجُزْ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَلَامُ الْقَاضِي يَقْتَضِي جَوَازَهُ . وَحُكْمِي ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي ثَوْرٍ .

ولنا : أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف ، والآخر يبقى له الثلثان . فإذا اشترطا التساوى فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل ، فلم يحز ، كالمو شرط ربح ماله المنفرد .

(فصل)

٣٦٠١

وإذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل نظرت ، فإن شرطاه لعبد أحدهما ، أو لعبيدهما صح ، وكان ذلك مشروطاً لسيده . فإذا جعلوا الربح بينهما ، وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان ، وللآخر الثلث : وإن شرطاه لأجنبي ، أو لولد أحدهما ، أو امرأته ، أو قريبه ، وشرطاً عليه عملاً مع العامل صح ، وكانا عاملين ، وإن لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة . وبهذا قال الشافعي . وحكى عن أصحاب الرأي : أنه يصح ، والجزء المشروط له لرب المال ، سواء شرط لغير العامل ، أو لغير رب المال ، أو لأجنبي . لأن العامل لا يستحق إلا ما شرط له ، ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل ، والأجنبي لا يستحق شيئاً ، لأنه إنما يستحق الربح بمال ، أو عمل . وليس هذا واحداً منهما ، فما شرط لا يستحقه ، فيرجع إلى رب المال ، كالمو ترك ذكره .

ولنا أنه شرط فاسد ، يعود إلى الربح ، ففسد به العقد ، كما لو شرط دراهم معلومة . وإن قال : لك الثلثان ، على أن تعطى امرأتك نصفه ، فكذلك . لأنه شرط في الربح شرطاً لا يلزم ، فكان فاسداً ، والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه .

(فصل)

٣٦٠٢

والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح ، إلا أنهما إذا أطلقاها ، ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفي شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيتهما في المشتري . لأن لما أصلاً يرجعان إليه . ويتقدر الربح به ، بخلاف المضاربة . فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال ، والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر . فلا يعلم قدره منه . وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يتقدر الربح به . فيحتمل أن يتقدر بالعمل . لأن عمل أحدهما من جنس عمل الآخر . فقد تساوى في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع إليه . ويحتمل ألا يتقدر به : لأن العمل يقل ، ويكثر ، ويتفاضل ، ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال ، فيعتبر ذكر الربح ، والمعرفة به كما في المضاربة . والله أعلم .

﴿مسألة﴾

٢٦٠٣

قال ﴿والوضيمة على قدر المال﴾

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله . فإن كان مالهما متساوياً في القدر فالخسران

بينهما نصفين . وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً . لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي ، وغيرهما ، وفي شركة الوجوه : تكون الوضيعة على قدر ملكيتها في المشتري ، سواء كان الربح بينهما كذلك ، أو لم يكن ، وسواء كانت الوضيعة لتألف ، أو نقصان في الثمن عما اشتريا به ، أو غير ذلك . والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء . لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال . وهو مختص بملك ربه ، لا شيء للعامل فيه . فيكون نقصه من ماله دون غيره . وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبهه المساقاة ، والمزراعة . فإن رب الأرض ، والشجر يُشارك العامل فيما يحدث من الزرع ، والثمر . وإن تلف الشجر ، أو هلك شيء من الأرض بغيره ، أو غيره لم يسكن على العامل شيء .

(مسألة)

٣٦٠٤

قال ﴿ ولا يجوز أن يُحمل لأحد من الشركاء فضلٌ دراهم ﴾

وجملته : أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً ، وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما ، أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة . وممن حفظنا ذلك عنه : مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، والجواب فيما لو قال : لك نصف الربح إلا عشرة دراهم ، أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة . وإنما لم يصح ذلك لمعينين . أحدهما : أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها . فيحصل على جميع الربح . واحتمل أن لا يربحها ، فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً ، فيستغنى من شرط له الدراهم .

والثاني أن حصّة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر . فإذا جهلت الأجزاء فسدت ، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به . ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربّما تَوَانى في طلب الربح ، لعدم فائدته فيه ، وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح .

(فصل)

٣٦٠٥

وإن دفع إليه ألفين مضاربةً على أن يسكن واحد منهما ربحاً ألف ، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين ، أو ربح إحدى السفرتين^(١) ، أو ربح تجارته في شهر ، أو عام بعينه ، ونحو ذلك . فسد الشرط والمضاربة . لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره ، وقد يربح في غيره دونه . فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة . ولا نعلم في هذا خلافاً : وإن دفع إليه ألفاً ، وقال : لك ربح نصفه لم يجز . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور : يجوز . لأن نصف ربحه هو ربح نصفه . فجاز شرطه ، كما لو عبّر عنه بعبارة الأخرى .

(١) السفرتين : ثنية سفرة ، وهي المرة من السفر ، أي إذا كانا يسافران للتجارة . فيجعلان لكل واحد ربح مرة من السفر

ولنا : أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض ، وكذلك جعل الآخر . فلم يجوز ، كما لو قال : لك ربح هذه الخمسة ، ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر ، بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدي إلى انفراجه بربح شيء من المال .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٠٦

قال ﴿ والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ضمن في إحدى الروايتين ، والأخرى : لا يضمن ﴾ وجملة : أن المضارب وغيره من الشركاء إذ نص له على التصرف ، فقال : نقداً أو نسيئة ، أو قال : بنقد البلد ، أو ذكر نقداً غيره جاز . ولم تجز مخالفته . لأنه متصرف بالإذن ، فلا يتصرف في غير ما أُذن له فيه ، كالوكيل . ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة . وقد يطالب بذلك الفائدة في العادة ، وإن أطلق فلا خلاف في جواز البيع حالاً ، وفي البيع نسيئةً روايتان .

إحداها : ليس له ذلك . وهو قول مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي . لأنه نائب في البيع . فلم يجوز له البيع نسيئةً بغير إذن صريح فيه ، كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، وفي النسيئة تقرير بالمسال ، وقربة الحال تقيّد مطلق الكلام ، فيصير كأنه قال : بعه حالاً . والثانية : أنه يجوز له البيع نساءً . وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل . لأن إذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة . وهذا عادة التجار . ولأنه يقصد به الربح ، والربح في النساء أكثر . ويفارق الوكالة المطلقة . فإنها لا تختص بقصد الربح ، وإنما المقصود تحصيل الثمن بحسب . فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى . ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدلّ عن أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة . فلم يجوز تأخيرها ، بخلاف المضاربة . وإن قال له : اعمل برأيتك فله البيع نساءً . وكذلك إذا قال له : تصرف كيف شئت . وقال الشافعي : ليس له البيع نساءً في الموضعين . لأن فيه غرراً : فلم يجوز ، كما لو لم يقل له ذلك .

ولنا : أنه داخل في عموم لفظه ، وقربة حاله تدلّ على رضائه برأيه في صفات البيع ، وفي أنواع التجارة . وهذا منها ، فإذا قلنا : له البيع نساءً فالبيع صحيح . ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه ، إلا أن يفرض بيع من لا يوثق به ، أو من لا يعرفه . فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري . وإن قلنا : ليس له البيع نساءً فالبيع باطل . لأنه فعل مالم يؤذن له فيه . فأشبهه البيع من الأجنبي ، إلا على الرواية التي تقول : يقف بيع الأجنبي على الإجازة . فهنا مثله . ويحتمل قول الخرقى صحة البيع ، فإنه إنما ذكر الضمان . ولم يذكر فساد البيع . وعلى كل حال يلزم العامل الضمان . لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه فإن قلنا : بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته ، إذا تعذر عليه استرجاعه . إما تلف المبيع ، أو امتناع المشتري من رده إليه ، وإن قلنا : بصحته احتمل أن يضمّنه بقيمته أيضاً . لأنه لم يفت بالمبيع أكثر منها ، ولا ينحفظ

بتركه سواها ، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه ، فلا يضمنها . واحتمل أن يضمن الثمن . لأنه وجب بالبيع ، وفات بتفريط البائع . وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الجواب إليه . بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً .

(فصل —)

٣٦٠٧

وليس له السفر بالمال في أحد الوجهين . وهو مذهب الشافعي . لأن في السفر تفريراً بالمال وخطراً . ولهذا يروى « أن المسافر وماله أعلى قلت^(١) إلا ما وفق الله تعالى » أي هلاكه . ولا يجوز له التفريط بالمال بغير إذن مالكه .

والوجه الثاني . له السفر به إذا لم يكن مخوفاً . قال القاضي : قياس المذهب جوازه ، بناء على السفر بالوديعة . وهذا قول مالك . ويحكي ذلك عن أبي حنيفة لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة ، والعادة جارية بالتجارة سفرأ وحضرأ . ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، فلك ذلك بمطلقها . وهذان الوجهان في المطلق .

فأما إن أذن في السفر ، أو نهى عنه ، أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين ، تعين ذلك ، وثبت ما أمر به ، وحرّم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعاً . وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف ، ولا إلى بلد مخوف . فإن فعل فهو ضامن لما يتأف . لأنه متمتع بفعل ما ليس له فعله ، وإن سافر في طريق آمن جاز ، ونفقته في مال نفسه . وبهذا قال ابن سيرين ، وحماد بن أبي سليمان . وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن ، والنخعي ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد . لأن سفره لأجل المال ، فكانت نفقته منه كأجر الحمال .

ولنا : أن نفقته تخصه ، فكانت عليه ، كنفقة الحضر وأجر الطبيب ، وضمن الطب . ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى . فلا يسكون له غيره . ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح ، إذا لم يربح سوى ما أنفقه ، فأما إن اشترط له النفقة فله ذلك . وله ما قدر له من مأكول ، وملبوس ، ومركوب ، وغيره ، قال أحمد في رواية الأثرم : أحب إلى أن يشترط نفقة محدودة . وإن أطلق صح ، نص عليه ، وله نفقته من المأكل ، ولا كسوة له . قال أحمد : إذا قال : له نفقته ، فإنه ينفق ، قيل له : فيكفسي ؟ قال : لا . إنما له النفقة ، وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تحديد كسوة . فظاهر كلام أحمد : جوازه . لأنه قيل له : فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد ، وله مقام طويل ، يحتاج فيه إلى كسوة ؟ فقال : إذا أذن له في النفقة فعل ، ما لم يحمل على مال الرجل ، ولم يسكن ذلك قصده . هذا معناه . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته ، من مأكل ، أو ملبوس ،

(١) قلت : بفتح القاف واللام الهلاك .

بالمعروف ، وقال أحمد : يُنفق على معنى ما كان يُنفق على نفسه غير مُتَعَدِّ بالنفقة ، ولا مُضَيَّرَ بالمال ، ولم يذهب أحد إلى تقدير النفقة . لأن الأسعار تختلف ، وقد تَقِلَّ وتكثُرُ ، فإن اختلفا في قدر النفقة : فقال أبو الخطاب : يُرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقلِّ ملبوسٍ مثله . فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة ، أو كان معه مضاربة أخرى ، أو بضاعةً لآخر فالنفقة على قدر المالكين . لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر ، والسفر للمالكين . فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرها ، إلا أن يسكون ربُّ المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك . ولو أذن له في السفر إلى موضع مُعَيَّن ، أو غير مُعَيَّن ، ثم اتقىه ربُّ المال في السفر ، إما بذلك الموضع ، أو في غيره ، وقد نَصَّ المالُ ، فأخذ ماله ، فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده ، لم يكن له . لأنه إنما يستحقُّ النفقة مادام في القِراض ، وقد زال ، فزالت النفقة . ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل : له ذلك . لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه ، وغيره ، بنسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه ، مُعْتَقِداً أنه مستحقٌّ للنفقة ذاهباً وراجعاً ، فإذا قطع عنه النفقة تضرَّر بذلك .

(فصل)

٣٦٠٨

وحكم المضارب حكم الوكيل : في أنه ليس له أن يبيع بأقلَّ من ثمن المثل ، ولا يشتري بأكثر منه ، مما لا يتفانئ الناسُ بمثله . فإن فعل فقد روى عن أحمد : أن البيع يصح . ويضمن النقص . لأن الضرر ينجرُّ بضمن النقص ، والقياس : أن البيع باطل . وهو مذهب الشافعي . لأنه يبيع لم يؤذن له فيه . فأشبهه ببيع الأجنبي . فعلى هذا إن تعذر ردُّ المبيع ضمن النقص أيضاً . وإن أمكن ردُّه وجب ردُّه ، إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً ، واربَّ المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري . فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن . وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ، وردَّ عليه الثمن . لأن التلف حصل في يده . وأما ما يتفانئ الناسُ بمثله فغيرُ ممنوع منه . لأنه لا يمكن التحرُّز منه ، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع . وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون ربِّ المال ، إلا أن يُحيزه . فيكون له . هذا ظاهر كلام الخِرَقي ، وقال القاضي : إن أطلق الشراء ولم يذكر ربَّ المال ، فكذلك . وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضاً .

(فصل)

٣٦٠٩

وهل له أن يبيع ويشتري بغير نقد البلد ؟ على روايتين .
الأولى : جوازه إذا رأى المصلحة فيه ، والربحُ حاصل به ، كما يجوز أن يبيع عَرَضاً بَعَرَضٍ ، ويشتريه به . فإن قلنا : لا يملك ذلك فعمله ، فحكمه حكم ما لو اشترى ، أو باع بغير ثمن المثل . وإن قلَّ له : اعمل

برأيك فله ذلك. وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك: لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها الزراعة. وقد روى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفاً، وقال: اتجر فيها بما شئت، فزرع زرعاً فربح فيه. فالمضاربة جائزة، والربح بينهما. قال القاضي: ظاهر هذا: أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه الزراعة. لأنها من الوجوه التي يبتغى بها النماء، وعلى هذا لو توى^(١) المال كله في الزراعة لم يلزمه ضمانه.

٣٦١٠

(فصل)

وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه. لأن المقصود الربح، وقد يكون الربح في المغيب. فإن اشتراه يظنه سليماً فبان مغيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه، من رده بالمغيب، أو إمساكه، وأخذ أورش المغيب. فإن اختلف العامل ورب المال في الرد، فطالبه أحدهما، وأباه الآخر فعل ما فيه النظر، والخط. لأن المقصود تحصيل الخط فيحتمل الأمر على ما فيه الخط. وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المغيب، فطالب الرد نصيبه، وللآخر إمساك نصيبه، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لها جميعاً. فلا يلزمه قبول رد بعضه. لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه. فلم يحز إدخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه. ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع، وإمساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك، على ما فصلناه.

٣٦١١

(فصل)

وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه. لأن عليه فيه ضرراً. فإن اشتراه بإذن رب المال صح. لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه. فإذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه، وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه. لأنه قد تلف. ويكون محسوباً على رب المال. فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح جعل العامل بحصته منه. وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء، إذا كان الثمن عيناً، لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه. ولأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه، والربح فيه، فلا يتناول غير ذلك. وإن اشتراه في الذمة وقع الشراء للعائد. وليس له دفع الثمن من مال المضاربة. وإن فعل ضمن. وبهذا قال الشافعي، وأكثر الفقهاء وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد صحة الشراء. لأنه مال متقوم، قابل للعقود، فصح شراؤه، كما لو اشترى من نذر رب المال إعاقته، ويعتق على رب المال، وتنفسخ المضاربة فيه. ويلزم العامل ضمانه، على ظاهر كلام أحمد، علم بذلك أو جهل. لأن مال المضاربة تلف بسببه. ولا فرق في الإلتلاف الموجب للضمان بين العلم، والجهل. وفيما يضمنه وجهان:

أحدهما: قيمته. لأن الملك ثبت فيه ثم تلف، فأشبه ما لو أتلفه بفعله.

والثاني: الثمن الذي اشتراه به. لأن التفريط منه حصل بالشراء، وبذل الثمن فيما يظلف بالشراء.

(١) توى المال: بفتح التاء وكسر الواو معناه هلك.

فكان عليه ضمان ما فرط فيه . ومتى ظهر في المال ربح ، فللعامل حصته منه . وقال أبو بكر : إن لم يكن العامل عالماً بأنه يعتق على رب المال لم يضمن . لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري ، فلم يضمن ، كما لو اشترى معيماً لم يعلم يعيبه ، فتلف به ، قال : ويتوجه أن لا يضمن وإن علم .

(فصل)

٣٦١٢

وإن اشترى امرأة رب المال صحّ الشراء ، وانفسخ النكاح ، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق ؟ فيه وجهان : ذكرناهما في غير هذا الموضع . فإن قلنا : يلزمه رجع به على العامل . لأنه سبب تقريره عليه ، فرجع عليه ، كما لو أفدت امرأة نكاحه بالرضاع . وإن اشترى زوج ربة المال صحّ الشراء ، وانفسخ النكاح . لأنها ملكت زوجها . وهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح الشراء إذا كان بغير إذن . لأن الإذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ ، وشراء زوجها يضرّ بها . لأنه يفسخ نكاحها ، ويضرّ بها ، ويسقط حقها من النفقة ، والسكوة ، فلم يصحّ كسرها ابنها . ولنا : أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه . فجاز ، كما لو اشترى أجنبياً . ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ، ويسقط من النفقة . لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة . وإنما هو بسبب آخر . رلا فرق بين شرائه في الذمة ، أو بعين المال .

(فصل)

٣٦١٣

وإن اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بإذنه صحّ ، وعتق . فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته ، وما في يده ، وقلنا : يتعلّق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء . لأنه الذي أنلف عليهم بالعتق . وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطل . لأنه يملكه بالإذن ، وقد زال بالنهي . وإن أطلق الإذن ، فقال أبو الخطاب : يصحّ شراؤه . لأن من صحّ أن يشتري السيد صحّ شراء المأذون له ، كالأجنبي . وهذا قول أبي حنيفة ، إذا أذن له في التجارة ، ولم يدفع إليه مالاً . وقال القاضي : لا يصحّ . لأن فيه إتلافاً على السيد . فإنّ إذنه يتناول ما فيه حظ . فلا يدخل فيه الإتلاف ، وفارق عامل المضاربة . لأنه يضمن القيمة فيزول الضرر . وللشافعي قولان كالوجهين . وإن اشترى امرأة رب المال ، أو زوج ربة المال فهل يصحّ ؟ على وجهين أيضاً ، كسرها من يعتق بالشراء .

(فصل)

٣٦١٤

(وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صحّ الشراء . فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء . وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبدئيان على العامل متى بلاك الربح ؟ فإن قلنا : يملكه بالقيمة لم يعتق منه شيء ، لأنه ما ملكه ، وإن قلنا : يملكه بالظهور ففيه وجهان :

أحدهما : لا يمتق . وهو قول أبي بكر ، لأنه لم يتم مِلْكُهُ عليه . لأن الربح وقاية لرأس المال ، فلم يمتق لذلك .

والثاني : يمتق بقدر حصته من الربح ، إن كان مُعْسِراً . ويُقَوِّمُ عليه باقية إن كان موسراً . لأنه ملكه بفعله ، فيمتق عليه ، كما لو اشتراه بماله . وهذا قول القاضي ، ومذهب أصحاب أبي حنيفة . لكن عندهم يُسْتَسَمَى في بقيته إن كان معسراً .

ولنا : رواية كقولهم : وإن اشتراه ولم يظهر ربح ، ثم ظهر بعد ذلك ، والعبد باقٍ في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقت الشراء . وقال الشافعي : إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين . لأنه يؤدي إلى أن ينتجز العامل حقه قبل رب المال . —

ولنا : أنهما شريكان . فصح شراء كل واحد منهما من يَتَقَقُّ عليه ، كشريكي العَيْن .

(فصل)

٣٦١٥

وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال . لأن الإذن ما تناول أكثر منه . فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف ، فالشراء فاسد . لأنه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الأول . وإن اشتراه في ذمته صح الشراء ، والعبد له . لأنه اشترى في ذمته لغيره . ما لم يأذن له في شرائه ، فوقع له ، وهل يقف على إجازة رب المال ؟ على روايتين . ومذهب الشافعي كنعنو ما ذكرنا .

(فصل)

٣٦١٦

وليس للضارب وطء أمةٍ من المضاربة ، سواء ظهر في المال ربحٌ أو لم يظهر . فإن فعل فعليه المهر ، والتعزير ، وإن علقته منه ، ولم يظهر في المال ربحٌ فولده رقيق . لأنها علقته منه في غير ملك ، ولا شبهة ملك . ولا تصير أمٌ ولده كذلك . وإن ظهر في المال ربح ، فالولد حر ، وتصير أمٌ ولده . وعليه قيمتهما ، ونحو هذا قال سفيان ، وإسحاق . وقال القاضي : إن لم يظهر ربح فعليه الحد . لأنه وطئ في غير ملك ، ولا شبهة ملك . والمنصوص عن أحد : أن عليه التعزير . لأن ظهور الربح يبنى على التقويم ، والتقويم غير متحقق . لأنه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به . فيكون ذلك شبهة في درء الحد ، لأنه يُدْرَأُ بالشبهات .

(فصل)

٣٦١٧

وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً . لأنه ينفقها إن كانت بكرًا . ويعرضها للخروج من المضاربة ، والتلف . فإن فعل فلا حدَّ عليه . لأنها مملوكة . وإن علقته منه صارت أمٌ ولده ، وولده حرٌّ كذلك .

ويخرج من المضاربة، وتحسب قيمتها، ويضاف إليها بقية المال . فإن كان فيه ربح فلعامل حصته منه .

(فصل)

٣٦١٨

وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة، فاشتري جارية لينسري بها خرج منها من المضاربة، وصار قرضاً في ذمته . لأن استباحة البضع لا تحصل إلا بملكه ، لقول الله تعالى (٢٣ : ٥)
إِلَّا قَلِيلًا أَرْوَاهُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) .

(فصل)

٣٦١٩

وليس لواحد منهما تزويج الأمة . لأنه ينقصها ، ولا مكتوبة العبد لذلك . فإن اتفقا على ذلك جاز . لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل)

٣٦٢٠

وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة . نص عليه أحد في رواية الأثرم ، وحرب ، وعبد الله قال : إن أذن له رب المال ، وإلا فلا ، وخارج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل . ولا يصح هذا التخريج . وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين :
أحدهما : أنه إنما دفع إليه المال ههنا ليضارب به ، ويدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به ، بخلاف الوكيل .

الثاني : أن هذا يوجب في المال حقاً لغيره ، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . ولا أعرف عن غيرهم خلافهم ، فإن فعل ، فلم ي تلف المال ، ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ، ولا شيء له ، ولا عليه . وإن تلف ، أو ربح فيه ، فقال الشريف أبو جعفر . هو في الضمان ، والتصرف كالغاصب ، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال ، إن كان باقياً . ويردُّ بدله إن كان نالفاً ، أو تعذر رده ، فإن طالب الأول ، وضمنه قيمة التالف ، ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه شيء ، لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة ، وإن علم بالحال رجع عليه . لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان ، وتلف تحت يده ، فاستقرَّ ضمانه عليه . وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول . وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول ؟ على وجهين :

أحدهما : يرجع عليه ، لأنه غرمه ، فأشبهه مالهو غره بحرية أمة .

والثاني : لا يرجع . لأن التلف كان في يده ، فاستقرَّ الضمان عليه . وإن ربح في المال فالربح للمالك ، ولا شيء للمضارب الأول . لأنه لم يوجد منه مال ، ولا عمل . وهل للثاني أجر مثله ؟ على روايتين :
أحدهما : له ذلك . لأنه عمل في مال غيره يتعوض لم يشتم له : فمكان له أجر مثله ، كالضاربة الفاسدة

والثانية : لا شيء له . لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه . فلم يستحقّ لذلك عوضاً كالغاصب . وفارق المضاربة . لأنه عمل في ماله بإذنه ، وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة . ويحتمل أنه إذا اشترى في الذمة يكون الربح له . لأنه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه غيره . فأشبهه ماله لم يتقدّم الثمن من مال ربّ المال . قال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم ، يعني قول مالك ، والشافعي وأبي حنيفة ، ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل ، كالغاصب ، وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الأول . لأنه غره ، واستعمله بموضع لم يحصل له . فوجب أجره عليه ، كما لو استعمله في مال نفسه . وقال القاضي : إن اشترى بعين المال فالشراء باطل . وإن كان اشترى في الذمة ، ثم نقد المال ، وكان قد شرط ربّ المال للمضارب النصف ، فدفعه المضارب إلى آخر على أن يكون لربّ المال النصف ، والنصف الآخر بينهما . فهو على ما اتفقا عليه . لأن ربّ المال رضى بنصف الربح ، فلا يدفع إليه أكثر منه ، والعاملان على ما اتفقا عليه . وهذا قول قديم لشافعي . وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ، ولا لنصّ أحمد ، فإنّ أحمد قال : لا يطيب الربح للمضارب ، ولأنّ المضارب الأول ليس له عمل ، ولا مال ، ولا يستحقّ الربح في المضاربة ، إلّا بواحد منهما ، والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه . فلم يستحقّ ما شرطه له غيره : كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة . ولأنه إذا لم يستحقّ ما شرطه له ربّ المال في المضاربة الفاسدة ، فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى .

(فصل)

٣٦٢١

وإن أذن ربّ المال في دفع المال مضاربةً جاز ذلك . نصّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . ويكون العامل الأول وكيلاً لربّ المال في ذلك . فإذا دفعه إلى آخر ، ولم بشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً . وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصحّ ، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل . والربح إنما يستحقّ بواحد منهما . وإن قال : اعمل برأيتك ، أو بما أراك الله . جاز له دفعه مضاربةً . نصّ عليه . لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه . ويحتمل أن لا يجوز له ذلك . لأن قوله : اعمل برأيتك يعني في كيفية المضاربة ، والبيع ، والشراء ، وأنواع التجارة . وهذا يخرج به عن المضاربة ، فلا يتناولها إذنه .

(فصل)

٣٦٢٢

وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله . فإن فعل ولم يميّز ضمنه . لأنه أمانة ، فهي كالوديعة . فإن قال له : اعمل برأيتك جاز له ذلك . وهو قول مالك ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : ليس له ذلك . وعليه الضمان إن فعله . لأن ذلك ليس من التجارة .

ولما : أنه قد يرى الخلط أصلح له . فيدخل في قوله : اعمل برأيتك ، وهكذا القول في المشاركة به ،
ليس له مالاً ، إلا أن يقول : اعمل برأيتك فيملكها .

(فصل)

٣٦٢٣

وليس له أن يشتري خراً ، ولا خبزيراً ، سواء كانا مسلمين ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً . فإن فعل
لعلمه الضمان . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان العامل ذمياً صحّ شراؤه للخمر ، وبيعه إياها .
لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل ، وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يصحّ شراؤه إياها .
لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل ، ولا يصحّ بيعه ، لأنّه يبيع ما ليس بتلك له ، ولا لموكله .

ولنا : أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خراً ، ولا يصحّ أن يشتري خراً ، ولا يبيعه . وإن كان
ذمياً فقد اشترى للمسلم ما لا يصحّ أن يملكه ابتداءً فلا يصحّ ، كما لو اشترى الخنزير . ولأن الخمر
محرمة ، فلا يصحّ شراؤها له ، كالخنزير ، والميتة . لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه ، كالميتة ، والدم .
وكل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة . وما جاز في المضاربة جاز في الشركة ، وما منع منه في أحدهما
منع منه في الأخرى . لأن المضاربة شركة . ومبنى كل واحد منهما على الوكالة ، والأمانة .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٢٤

﴿ وإذا ضارب لرجل لم يحز أن يضارب لآخر ، إذا كان فيه ضرر على الأول ، فإن فعل ، ورجح
ردّه في شركة الأول ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ، ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر ، فأذن له الأول
جاز ، وإن لم يأذن له ، ولم يكن عليه ضرر جاز أبضاً . بغير خلاف . وإن كان فيه ضرر على ربّ المال
الأول ، ولم يأذن ، مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج إلى أن يقطع زمانه ، ويشغله عن التجارة في
الأول ، ويكون المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته . لم يحز له ذلك .
وقال أكثر الفقهاء : يجوز . لأنّه عقد لا يملك به منافعه كلّها . فلم يمنع من المضاربة ، كما لو لم يكن فيه
ضرر ، وكالاتير المشترك .

ولنا : أن المضاربة على الحظّ والنماء . فإذا فعل ما تمنعه لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق
ما لا ضرر فيه . فعلى هذا إذا فعل ، ورجح ردّ الربح في شركة الأول ، وبقدسه . فلينظر ما ربح في
المضاربة الثانية ، فيدفع إلى ربّ المال منها نصيبه ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح ، فيضمّه إلى ربح
المضاربة الأولى ، ويقاسمه ربّ المضاربة الأولى . لأنّه استحقّق حصّته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالمقد
الأول . فكان بينهما كربح المال الأول ، فأما حصّة ربّ المال الثاني من الربح ، فتدفع إليه ، لأن

المدون من المضارب لا يُسقط حق رب المال الثاني . ولأننا لو ردّدنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاخصّ الضرر برب المال الثاني . فلم يلحق المضارب شيء من الضرر ، والمدون منه ، بل ربّما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ، ولأنه لا يخلو : إمّا أن يحكم بفساد المضاربة الثانية ، أو بصحتها . فإن كانت فاسدة فالربح كله لرب المال ، وللمضارب أجر مثله . وإن حكمنا بصحتها وجب صرف حصّة ربّ المال إليه ، بمقتضى العقد ، وموجب الشرط ، والنظر يقتضي أن لا يستحقّ ربّ المضاربة الأولى من ربّ الثانية شيئاً . لأنه إمّا يستحقّ بمال ، أو عمل ، وليس له في المضاربة الثانية مال ، ولا عمل . وتعدّي المضارب إمّا كان بترك العمل ، واشتغاله عن المال الأول . وهذا لا يوجب عَوْضاً ، كما لو اشتغل بالجل في مال نفسه ، أو أجر نفسه ، أو ترك التجارة لِلْعَب ، أو اشتغال بعلم ، أو غير ذلك . ولو أوجب عَوْضاً لأوجب شيئاً مُقدّراً لا يختلف ولا يتقدّر بربحه في الثاني . والله أعلم .

٣٦٢٥

فصل

وإن دفع إليه مضاربة ، واشترط النفقة ، فكلّمة رجل في أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ، ولا ضرر فيها . فقال أحد : إذا اشترط النفقة صار أجيراً له ، فلا يأخذ من أحد بضاعة . فإنّها تشغله عن المال الذي يُضارب به ، قيل : فإن كانت لا تشغله ؟ فقال : ما يُعجبني أن يكون إلّا بإذن صاحب المضاربة . فانه لا بدّ من شغل . وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، وإن فعل فلا شيء عليه . لأنه لا ضرر على ربّ المضاربة فيه .

٣٦٢٦

(فصل)

وإن أخذ من رجل مضاربة ، ثم أخذ من آخر بضاعة ، أو عمل في مال نفسه ، أو اتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها ، وفي مال نفسه لنفسه .

٣٦٢٧

(فصل)

إذا أخذ من رجل مائة قراضاً ، ثم أخذ من آخر مثلاً ، واشترى بكلّ مائة عبداً ، فاختلط العبدان ، ولم يميّزا ، فإنهما بصطلحان عليهما ، كما لو كانت لرجل حنطة ، فانتالت عليه^(١) أخرى . وذكر القاضي في ذلك وجهين :

أحدهما : يكونان شريكين فيهما ، كما لو اشتركا في عقد البيع ، فيباعان ، ويقسم بينهما . فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصّته ، والباقي بينهما نصفين .

(١) هكذا في الأصول . والأولى أن يقال : فانتالت عليهما أخرى ، إلا أن يكون أعاد الضمير بمعنى الحنطة . وهو التصحیح فيصلح .

والثاني : يكونان للعامل . وعليه أداء رأس المال ، والربح له ، والخسران عليه ، والثالث : قولان
الأول أولى . لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدین . فلا يزول بالاشتباه عن
أحدهما ، ولا عن بعضه بغير رضاه ، كما لو لم يكونا في يد المضارب ، ولأننا لو جعلناهما لمضارب أدى إلى
أن يكونا مفرطين سبباً لا فائدة بالربح ، وحرماناً للتمتع به عليه وعكس ذلك أولى . وإن جعلناهما شريكين
أولى إل أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه ، وليس له فيه مال ، ولا عمل .

(فصل)

٣٦٢٨

إذا تعدى المضارب ، وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه . فهو ضامن المال في قول
أكثر أهل العلم . روى ذلك عن أبي هريرة ، وحكيم بن حزام ، وأبي قلابة ، ونافع ، وإياس ، والشامي ،
والدخمي ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وعن علي رضي الله عنه :
لا ضمان على من شورك في الربح . وروى معنى ذلك عن الحسن ، والزهري .

ولنا : أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه ، فلزم الضمان ، كالغاصب . ولا نقول بمشاركة في الربح ،
ولا بقنأوله قول علي رضي الله عنه ، ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه ، فربح فيه . فالربح لرب المال . نصراً
عليه أحمد ، وبه قال أبو قلابة ، ونافع ، وعن أحمد : أنها يتصدقان بالربح . وبه قال الشعبي ، والنخعي ،
والحكم ، وحماد . قال القاضي : قول أحمد : يتصدقان بالربح ، على سبيل الورع . وهو لرب المال في
النساء ، وهذا قول الأوزاعي . وقال إياس بن معاوية ، ومالك : الربح على ما شرطاه ، لأنه نوع تعدى .
فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه ، كما لو لبس الثوب ، وركب دابة ليس له ركوبها ، وقال
القاضي : إذا اشترى في الذمة ، ثم نقد للمال ، فالربح لرب المال . وإن اشترى بعين للمال فاشترى باطل في
إحدى الروايتين ، والأخرى : هو موقوف على إجازة المالك ، فإن أجازته صح ، وإلا بطل ، والمذهب
الأول ، نصاً عليه أحمد في رواية الأثرم . وقال أبو بكر : لم يرو أنه يتصدق بالربح إلا حنبل . واحتج
أحمد بحديث عروة البارقي ، وهو ما روى أبو كبيدة عن عروة بن الجهم قال : « عرض النبي صلى الله
عليه وسلم جلب^(١) فأعطاني ديناراً ، فقال : عروة ، أنت الجلب . فاشتر لنا شاة ، فأنيت الجلب ،
فساومت صاحبه ، فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما فمقيني رجل بالطريق ،
فساومتني ، فميتت منهما شاة بالدينار ، فجئت بالدينار والشاة ، فميتت : يا رسول الله ، هذا ديناركم ،
وهذه شاتكم ، قال : وكيف صمتت ؟ فحدثتني الحديث . فقال : اللهم بارك له في صفقة يمينه ،

(١) جلب : الشيء المجلوب المستورد من مكان غير المكان الذي جلب إليه .

رواه الأثرم . ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكه ، فكان لما ملكه ، كما لو غصب حنطة فزرعها ، فأما المضارب ففيه روايتان :

إحداها : لا شيء له . لأنه عقد عقد لم يؤذن له فيه ، فلم يكن له شيء ، كالغاصب ، وهذا اختيار أبي بكر .

والثانية : له أجر . لأن رب المال رضى بالبيع ، وأخذ الربح . فاستحق العامل عوضاً ، كما لو عقده بإذن . وفي قدر الأجر روايتان :

إحداها : أجر مثله ما لم يحيط بالربح ، لأنه عمل ما يستحق به العوض ، ولم يلم له البتة ، فكان له أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة .

والثانية : له الأقل من المستحق ، أو أجر المثل ، لأنه إن كان الأقل المستحق ، فقد رضى به ، فلم يستحق أكثر منه ، وإن كان الأقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه . لأنه لم يعمل ما رضى به . وإن قصد الشراء لنفسه ، فلا أجر له ، رواية واحدة ، وقال القاضى ، وأبو الخطاب : إن اشترى في ذمته ، ثم نقد المال فلا أجر له . رواية واحدة ، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل)

٣٦٢٩

وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه ، من نشر الثوب ، وطيئه ، وعرضه على المشتري ، ومساومته ، وعقد البيع معه ، وأخذ الثمن ، وانتقاده ، وشد الكيس ، وختمه ، وإحرازه في الصندوق ، ونحو ذلك ، ولا أجر له عليه ، لأنه مستحق للربح في مقابلته ، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة . لأن العمل عليه ، فأما ما لا يليه العامل في العادة ، مثل النداء على المتاع ، ونقله إلى الخان ، فليس على العامل عمله ، وله أن يكثرى من عمله ، نص عليه أحمد ، لأن العمل في المضاربة غير مشروط ، لمشقة اشتراطه ؛ فرجع فيه إلى العرف . فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعاً فلا أجر له . وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد . وخرج أصحابنا وجهاً : أن له الأجر ، بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه ، هل له أجر لذلك ؟ على روايتين . وهذا مثله .

والصحيح : أنه لا شيء له في الموضعين . لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يعمل له في مقابلته شيء ، فلم يستحق شيئاً كالأجنبي .

(فصل)

٣٦٣٠

وإذا سرق مال المال المضاربة ، أو غصب . فعلى المضارب طلبه ، والخاصة فيه في أحد الوجهين . وفي الآخر : ليس عليه ذلك . لأن المضاربة عقد على التجارة : فلا تدخل فيه الخصومة . والأول أولى . لأنه

المال ، ولا يتم ذلك إلا بالخصومة ، والمطالبة ، سيما إذا كان غائبا عن رب المال ، إما لسفر المضارب ، أو رب المال . فإنه لا يطالب له إلا المضارب . فإن تركه ضاع ، فعلى هذا إن ترك الخصومة ، والمطالبة في هذه الحال غير مـ . لأنه ضيعه وفراط فيه ، وإن كان رب المال حاضرا وعلم الحال لم يلزم العامل مطالبه ، ولا بضمنه إذا تركه . لأن رب المال أولى بذلك من وكيله .

(فصل)

٣٦٣١

وإذا اشترى للمضاربة عبداً ، فقتله عبد غيره ، ولم يكن ظهر في المال ربح فالأمر إلى رب المال ، وإن الهاء انتمى ، إن شاء عفا على غير مال . وتبطل المضاربة فيه . لذهاب رأس المال . وإن شاء عفا على مال . فإن عفا على مال مثل رأس المال ، أو أقل ، أو أكثر فالمضاربة بحالها ، والربح بينهما على شرطهما . لأنه وعد بدل عن رأس المال . فهو كذا لو وجد بدله بالبيع . وإن كان في العبد ربح فلتقصص إليهما ، والمصلحة لذلك . لكونهما شريكين فيه . والحكم في انقاس المضاربة ويقاشها على ما تقدم .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٣٢

قال ﴿ وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال ﴾

يعنى أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يستلم رأس المال إلى ربه ، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيمة من الربح ، وسواء كان الخسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة ، والربح في أخرى ، أو أحدهما في سفرة ، والآخر في أخرى . لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال . وما لم يفضل فليس بربح . ولا نعلم في هذا خلافاً ، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة ، فظاهر المذهب : أنه يثبت . هذا الذى ذكره القاضى مذهباً . وبه قال أبو حنيفة ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى : أنه لا يملكه إلا بالقسمة . وهو مذهب مالك ، وللشافعى قولان كالمذهبيين ، واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لا ختم بربحه ، ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال ، كشريكي العتقان . ولنا أن الشرط صحيح . فيثبت مقتضاه . وهو أن يكون له جزء من الربح . فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط ، كما يملك المساق حصته من الثمرة لظهورها . وقياساً على كل شرط صحيح في عقد . ولأن هذا الربح مملوك ، فلا بد له من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقاً . ولا تثبت أحكام الملك في حقه . فلزم أن يكون المضارب . ولأنه يملك المطالبة بالقسمة . فكان مالكاً كأحد شريكي العتقان . ولا يمنع أن يملكه ، ويكون وقاية لرأس المال ، كنصيب رب المال من الربح . وبهذا امتنع اختصاصه بربحه . ولأنه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شُرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه . ثم قال أحمد : إذا وطئ المضارب جارية من المضاربة . فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده . وإن ظهر فيه ربح ففى أم ولده . وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور .

(فصل)

٣٦٣٣

وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربه نفس عشرة. ثم أخذ ربُّ المال منها عشرة. فإن الخسران لا ينقص به رأسُ المال. لأنه قد يربح، فيُجبر الخسران، لكنه ينقص بما أخذه ربُّ المال. وهى العشرة، وقسطها من الخسران، وهو درهم، وتُسع درهم، ويبقى رأسُ المال ثمانين، وثمانية دراهم، وثمانية أنصاع درهم، وإن كان أخذ نصف النسمين الباقية بقى رأسُ المال خمسين لأنه أخذ نصف المال، فسقط نصف الخسران. وإن كان أخذ خمسين بقى أربعة وأربعون، وأربعة أنصاع. وكذلك إذا ربح المال، ثم أخذ ربُّ المال بعضه كان ما أخذه الربح ورأسُ المال. فلو كان رأسُ المال مائة، فربح عشرين، فأخذها ربُّ المال لبقى رأسُ المال ثلاثة وثمانين وثلاثاً، لأنه أخذ سدسُ المال، فنقص رأسُ المال سدسه، وهو ستة عشر، وثلاثان، وحفظها من الربح ثلاثة، وثلاث. ولو كان أخذ ستين بقى رأسُ المال خمسين. لأنه أخذ نصف المال، فبقى نصف المال. وإن أخذ خمسين بقى ثمانية وخمسين وثلاثاً^(١) لأنه أخذ ربع المال، وسدسه، فبقى ثلثه، وربعه، وهو ما ذكرنا، وإن أخذ منه ستين، ثم خسر فى الباقي، فصار أربعين، فردّها كان له على ربِّ المال خمسة. لأن ما أخذه ربُّ المال انفسخت فيه المضاربة. فلا يُجبر بربحه خسران ما بقى بيده، لفارقه إياه، وقد أخذ من الربح عشرة، لأن سدس ما أخذه ربح، فكانت العشرة بينهما. وإن لم يردّ الأربعين كلها، بل ردّ منها إلى ربِّ المال عشرين بقى رأسُ المال خمسة وعشرين.

(فصل)

٣٦٣٤

إذا اشترى ربُّ المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصحّ في إحدى الروايتين، وهو قول الشافعى، وبصحّ في الأخرى، وبه قال مالك، والأوزاعى، وأبو حنيفة: لأنه قد تعلق حق المضارب به، فجاز له شراؤه، وكألو اشترى من مكاتبه، أو من عبده المأذون الذى عليه دين. ولنا: أنه مملوك، فلم يصحّ شراؤه له، كشرائه من وكيله، وعبده المأذون الذى لا دين عليه. وفارق المكاتب. فإن السيد لا يملك ما فى يده، ولهذا لا يزكّيه، وله أخذ ما فيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصحّ شراء سيده منه بحال ويحتمل أن يصحّ إذا استغفرته الديون. لأن الغرماء يأخذون ما فى يده. والصحيح الأول. لأن ملك السيد لم يزل عنه، وإن استحقّ أخذه كل القلس.

(فصل)

٣٦٣٥

وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة، ولم يظهر فى المال ربح صحّ، نصّ عليه أحمد. وبه قال

(١) فى بقى ضمير يعود على رأس المال، ولفظ ثمانية وخمسين فى موضع الحال.

والنوري ، والأوزاعي ، وإسحاق . وحكى ذلك عن أبي حنيفة . وقال أبو نؤير : البيهقي ، لأنه شريك .

وأما : أنه ملك لغيره ، فصَحَّ شراؤه له ، كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً إذا ربح ، لأنه إنما يُشارك رب المال في الربح ، لا في أصل المال . ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه من أحد الشريكين ، على ما سذكروه .

٣٦٣٦

(فصل)

وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه ، لأنه ملكه ، وهل يصح في هذه الشركة ؟ على وجهين : بناء على تقريب الصفقة ، وتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشترى من مال المضاربة لنفسه ، وإن اشترى أحد الشريكين حصّة شريكه منه جاز . لأنه يشترى ملكه ، وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ، إن لم يكونا بطلان أبه فلا بأس . وإن عدا كيله فلا بد من كيله ، بمعنى أن من علم مبلغ شيء لم يمه ضربة ، وإن باعه إياه بالكيل ، ولو وزن جاز .

٣٦٣٧

(فصل)

ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليُحرز فيها مال الشركة أو غرث أو جز . نص عليه أحمد في رواية صالح ، وإن استأجره لنقل الطعام ، أو غلامه أو دابته فقيه روايان . أحدهما : الجواز . لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان ، كمال الأجنبي . والأخرى : لا يجوز . لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل . ولا يمكن إبقاء العمل في المشترك . لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر . فإذا لا تجب الأجرة ، والدار ، والغرث لا يعتبر بهما إبقاء العمل ، إنما تجب بوضع العين في الدار ، فيمكن تسليم المعقود عليه .

٣٦٣٨

مسألة

قال (وإذا اشترى سلميّن فربح في أحدهما ، وخسر في الأخرى جُبرت الوضيمة من الربح) وجهه : أنه إذا دفع إلى المضارب ألقين ، فاشترى بكل ألف عبداً ، فربح في أحدهما ، وخسر في الآخر ، أو تلف وجب جبر الخسران من الربح . ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الألقين . وهذا قال الشافعي ، إلا فيما إذا تلف أحد العبدین . فإن أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً : أن التالف من رأس المال ، لأنه بدل أحد الألقين . ولو تلف أحد الألقين كان رأس المال ، فكذا ذلك بدله .

ولنا : أنه تلف بعد أن دار في القراض ، وتصرّف في المال بالتجارة ، فكان تلفه من الربح ، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ، فاشترى به سلميّن ولأتهما سلميّن تجبر خسارتهما إحداهما بربح الأخرى ،

فجبر تلفها به ، كما لو كان رأس المال ديناراً . ولأنه رأس مال واحد ، فلا يستحق المضارب فيه ربحاً ، حتى بكل رأس المال ، كالذى ذكرنا ، فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به ، والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف . وكان رأس المال الباقي خاصة . وقال بعض الشافعية : مذهب الشافعي ، أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معاً . لأن المال إنما يصيره قراضاً بالتقبض . فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبمده .

ولنا : أنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه ، فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض ، وفارق ما بعد التصرف . لأنه دار في التجارة ، وشرع فيما قصد بالمقد من التصرفات المؤدية إلى الربح .

(فصل)

٣٦٣٩

وإذا دفع إليه ألفاً مضاربة ، ثم دفع إليه ألفاً آخر مضاربة ، وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز ، وصار مضاربة واحدة ، كما لو دفعهما إليه مرة واحدة ، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز . لأن حكم الأول استقر ، فكان ربحه ، وخسرانه مختصاً به ، فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فإذا شرط ذلك في الثاني قد . فإن نص الأول جاز ضم الثاني إليه ، لزوال هذا المعنى . وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول لم يجز له ذلك . نص عليه أحد ، وقال إسحاق : له ذلك قبل أن يتصرف في الأول .

ولنا أنه أفرد كل واحد بمقد ، فكانا عقدين ، لكل عقد حكم نفسه ، ولا تجبر وضعية أحدهما بربح الآخر ، كما لو نهاء عن ذلك .

(فصل)

٣٦٤٠

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب بربح ، ويضع مِراراً . فقال : يرد الوضعية على الربح ، إلا أن يقبض المال صاحبه ، ثم يردّه إليه ، فيقول : اعمل به ثانية ، فاربح بعد ذلك لا تجبر به وضعية الأول . فهذا ليس في نفسى منه شيء ، وأما ما لم يدفع إليه ، فحتى يحتسب حساباً كالتقبض ، كما قال ابن سيرين ، قيل : وكيف يكون حساباً كالتقبض ؟ قال يظهر المال ، يعنى ينض ويحى . فيحتسبان عليه . فإن شاء صاحب المال قبضه ، قيل له : فيحتسبان على المتاع ؟ فقال : لا يحتسبان إلا على الناض . لأن المتاع قد ينحط سعره ، ويرتفع ، قال أبو طالب : قيل لأحمد : رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة ، فوضع ، فبقيت ألف ، فحاسبه صاحبها ، ثم قال له : اذهب ، فاعمل بها ، فربح ؟ قال : يقاسمه ما فوق الألف ، يعنى إذا كانت الألف ناضة حاضرة ، إن شاء صاحبها قبضها . فهذا الحساب الذى كالتقبض . فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية ، كما لو قبضها منه ، ثم ردّها إليه . فأما قبل

ولا شيء له المضارب ، حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو أن رب المال ، والمضارب تقسما الربح ، أو اهدا أحدهما منه شيئاً بإذن صاحبه ، والمضاربة بحالها ، ثم سافر المضارب به ، ففسر ، كان على المضارب ما أهداه من الربح ، لأننا تبيننا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة .

(فصل)

٣٦٤١

وإذا قارض في مرضه صح . لأنه عقد يتنفي به الفضل ، فأشبه البيع والشراء . وللعامل ما شرط له من الربح ، وإن زاد على شرط مثله ، وإلا يحتسب به من ثلثه . لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال ، وإنما حصل بعمل المضارب في المال . فإما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ، بخلاف مال حابي الأجير ، فإنه يحتسب بما حباؤه من ثلثه . لأن الأجر يؤخذ من ماله ، ولو شرط في المساقاة ، والمزارعة أكثر من أجر الثلث احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه . لأن الثمرة تخرج على ملكيهما . كالربح في المضاربة . واحتمل أن يكون من ثلثه . لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه ، والربح لا يخرج من عين المال ، إنما يحصل بالتقليب .

(فصل)

٣٦٤٢

وإذا مات رب المال . قدمنا حصة العامل على غرمائه ، ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه ، لأنه يملك الربح بالظهور ، فكان شريكاً فيه ، وليس لرب المال شيء من نصيبه . فهو كالشريك بماله . ولأن حقه متملق بعين المال دون الذمة ، فكان مقدماً كحق الجنابة ، ولأنه متملق بالمال قبل الموت . فكان أسبق . كحق الرهن .

(فصل)

٣٦٤٣

وإن مات المضارب ، ولم يعرف مال المضاربة بعينه ، صار ديناً في ذمته . ولصاحبه أسوة الغرماء . وقال الشافعي : ليس على المضارب شيء ، لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ، ولم يعلم حدوث ذلك بالموت : فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك .

ولنا : أن الأصل بقاء المال في يده ، واختلاطه بجملة التركة . ولا سبيل إلى معرفة عينه . فكان ديناً ، كالوديعة إذا لم تعرف عينها . ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال . لأن الأصل بقاءه ، ولم يوجد ما يعارض ذلك ، وبخالفه ، ولا سبيل إلى إعطائه عيناً من هذا المال ، لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة . فلم يبق إلا تعلقه بالذمة .

﴿مـآلة﴾

٣٦٤٤

قال ﴿ وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال ﴾

هـ جلته . أن الربح إذا ظهر في المضاربة لم يحز المضارب أخذ شيء منه بغير إذن رب المال ، لا نعم في هذا بين أهل العلم خلافاً . وإتاما لم يملك ذلك لأمر ثلاثة :

أحدها : أن الربح وقاية لرأس المال ، فلا يأمن الخسران الذي يسكون هذا الربح جابراً له . فيخرج بذلك عن أن يكون ربها .

الثاني : أن رب المال شريكه ، فلم يسكن له مقاسمة نفسه .

والثالث : أن ملكه عليه غير مستقر . لأنه بعرض أن يخرج عن يده بجوران خسارة المال ، وإن أذن رب المال في أخذ شيء جاز ، لأن الحق لهما ، لا يخرج عنهما .

(فصل)

٣٦٤٥

وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، وأبى الآخر قديم قول الممتنع : لأنه إن كان رب المال ، فلائنه لا يأمن الخسران في رأس المال ، فيجبره بالربح . وإن كان العامل ، فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه ، وإن تراضيا على ذلك جاز . لأن الحق لهما ، وسواء اتفقا على قسمة جميعه ، أو بعضه ، أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئاً معلوماً ينفقه ، ثم متى ظهر في المال خسران ، أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه ، أو نصف خسران المال ، إذا اقتسما الربح نصفين . وهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله ، قال ابن المنذر : إذا اقتسما الربح ، ولم يقبض رب المال رأس ماله . فأكثر أهل العلم يقولون : برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله .

وأنا : على جواز القسمة أن المال لهما . فجاز لهما أن يقسما بعضه ، كالشريكين ، أو نقول : إنهما شريكان ، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاضلة ، كشريكي العنان .

(فصل)

٣٦٤٦

والمضاربة من العقود الجائزة . تنفسخ بنفسه أحدهما أيهما كان ، وبموته ، وجنونه ، وألحجر ، عليه . لسفه . لأنه متصرف في مال غيره بإذنه ، فهو كالوكيل ، ولا فرق بين ما قبل التصرف ، وبعده . فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه . وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه ، وإن انفسخت والمال عرض ، فاتفقا على بيعه ، أو قسمه جاز . لأن الحق لهما ، لا بعدوهما ، وإن طالب العامل البيع ، وأبى رب المال ، وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع ، وهو قول إسحاق ، والثوري . لأن حق العامل في الربح ، ولا يظهر إلا بالبيع . وإن لم يظهر ربح لم يجبر . لأنه لاحق له فيه ، وقد رضي ماله كذلك ، فلم يجبر على بيعه ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : فيه وجه

آخر : أنه يُجبر على البيع . لأنه ربما زاد فيه زائد ، أو رغب فيه راغب ، فزاد على ثمن المثل . فيسكون للعامل في البيع حظ .

ولنا : أن المضارب إنما يستحقّ الربح إلى حين الفسخ ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ، ألا ترى أن المستعير إذا غرس ، أو بنى ، أو المشتري ، كان المعير ، والشفيع أن يدفعما قيمة ذلك . لأنه مستحقّ للأرض ، فهمنا أولى ، وما ذكرناه من احتمال الزيادة بزيادة مُزايد ، أو راغب على قيمته ، فإنما أحدث ذلك بعد فسخ العقد ، فلا يستحقها العامل ، وإن طلب ربّ المال البيع ، وأبى العامل ، ففيه وجهان : أحدهما : يُجبر العامل على البيع . وهو قول الشافعي . لأن عليه ردّ المال ناضاً كما أخذه .

والثاني : لا يُجبر إذا لم يكن في المال ربح ، أو أسقط حقّه من الربح . لأنه بالفسخ زال تصرّفه ، وصار أجنبياً من المال . فأشبهه الوكيل إذا اشترى ما يستحقّ ردّه ، فزالت وكالته قبل ردّه ، ولو كان رأس المال دنانير ، فصار دراهم ، أو دراهم ، فصار دنانير ، فهو كما لو كان عَرَضاً على ما شرح ، وإذا نضّ رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينضّ له الباقي . لأنه شركة بينهما ، ولا يلزم الشريك أن ينضّ مال شريكه . ولأنه إنما لزمه أن ينضّ رأس المال ليردّ إليه رأس ماله على صفته ، ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل)

٣٦٤٧

وإن انفسخ القراض ، والمال دين لزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر في المال ربح ، أو لم يظهر . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن ظهر ربح لزمه تقاضيه . وإن لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه . لأنه لا غرض له في العمل ، فهو كالوكيل .

ولنا : أن المضاربة تقتضي ردّ رأس المال على صفته ، والديون لا تجرى بجرى الناض . فلزمه أن ينضّه ، كما لو ظهر في المال ربح ، وكما لو كان رأس المال عَرَضاً . وبفارق الوكيل ، فإنه لا يلزمه ردّ المال ، كما قبضه ، ولهذا لا يلزمه بيع العروض ، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل ، أو ربّ المال ، فإن اقتضى منه قدر رأس المال ، أو كان الدين قدر الربح ، أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً . لأنه إنما يستحقّ نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته ، ووصول كلّ واحد منهما إلى حقه منه ، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه .

(فصل)

٣٦٤٨

وأي المتقارضين مات ، أو جُنّ انفسخ القراض ، لأنه عقد جائز ، فانفسخ بموت أحدهما ، وجنونه ، كالنوكيل . فإن كان الموت ، أو الجنون ، ربّ المال ، فإراد لوارث ، أو وليّه إتمامه ، والمال ناضّ

جاز ، ويكون رأس المال ، وحصته من الربح ، رأس المال ، وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة .
وهذه الاشاعة لا تمنع ، لأن الشريك هو العامل ، وذلك لا يمنع التصرف ، فإن كان المال عَرَضاً ،
وأرادوا إتمامه ، فظاهر كلام أحمد : جوازه ، لأنه قال في رواية علي بن سعيد : إذا مات رب المال لم يجوز
للعامل أن يبيع ، ولا يشتري إلا بإذن الورثة ، فظاهر هذا : بقاء العامل على قراضه . وهو منصوص
الشافعي . لأن هذا إتمام للقراض لا ابتداء له . ولأن القراض إتمام منع في العروض ، لأنه يحتاج عند
المفاصلة إلى رد مثله ، أو قيمته ، ويختلف ذلك باختلاف الأوقات . وهذا موجود ههنا ، لأن رأس المال
غير العروض ، وحكمه باقي . ألا نرى أن للعامل أن يبيعه ، ليسلم رأس المال ، ويقسم الباقي ؟ وذكر الفاضل
وجهاً آخر : أنه لا يجوز . لأن القراض قد بطل بالموت . وهذا ابتداء قراض على عروض . وهذا الوجه
أقيس . لأن المال لو كان ناضجاً كان ابتداء قراض ، وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص
سها دون رب المال ، وإن كان المال ناضجاً بخسارة ، أو تلف ، كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء
القراض ، فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا ، وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير
مختصة به ، وحصتهما من الربح مشتركة بينهما ، وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها ، فيما إذا كان
المال ناقصاً . وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف ، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ، ويشتري بإذن
الورثة ، كبيعه ، وشراؤه بعد انقضاء القراض ، فأما إن مات العامل ، أو جن ، وأراد ابتداء
القراض مع وارثه ، أو وليه . فإن كان ناضجاً جاز ، كما قلنا فيما إذا مات رب المال . وإن كان عرضاً لم يجوز
ابتداء القراض ، إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض ، بأن تقوم العروض ، ويجعل
رأس المال قيمتها يوم العقد . لأن الذي كان منه العمل قد مات ، أو جن ، وذهب عمله ، ولم يخلف أصلاً
يبني عليه وارثه ، بخلاف ما إذا مات رب المال . فإن المال المقترض عليه موجود ، ومنافعه موجودة .
فأمكن استدامة العقد ، وبناء الوارث عليه ، وإن كان المال ناضجاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك .
فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ، ولا بيع . لأن رب المال إنما رضى باجتهاد مورثه . فإذا لم يرض ببيعه
رفعه إلى الحاكم ليبيعه . فأما إن كان الميت رب المال ، فليس للعامل الشراء . لأن القراض انقضى . فأما
البيع فإن الحكم فيه ، وفي التقويم ، واقتضاء الدين على ما ذكرناه ، إذا فسخت المضاربة ، ورب المال حي
(فصل)

٣٦٤٩

إذا تلف المال قبل الشراء انقضت المضاربة ، لزوال المال الذي تعلق العقد به ، وما اشتراه بعد ذلك
للمضاربة فهو لازم له . والتمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن ، أو جهل ذلك . وهل يقف على
إجازة رب المال ؟ على روايتين :

إحداهما : إن أجازاه فالثمن عليه ، والمضاربة بحالها . وإن يُجْزِئَهُ لزم العامل .
والثانية : هو للعامل على كل حال . فإن اشترى للمضاربة شيئاً ، فتلف المال قبل نقده ، فالشراء
للمضاربة ، وعقدها باق . ويلزم ربّ المال الثمن . ويصير رأس المال الثمن دون التالف . لأن الأول تلف
قيل التصرف فيه . وهذا قول بعض الشافعية . ومنهم من قال : رأس المال هذا ، والتالف ، وحكى ذلك
عن أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن .

وانا : أن التالف تلف قبل التصرف فيه ، فلم يكن من رأس المال ، كما لو تلف قبل الشراء ،
ولو اشترى عبيدين بمال المضاربة ، فتلف أحد العبيدين كان تلفه من الربح . ولم ينقص رأس المال بتلفه .
لأنه تلف بعد التصرف فيه ، وإن تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة ، لزوال مالها كله . فإن دفع إليه ربّ
المال بعد ذلك ألقاً كان الألف رأس المال ، ولم يُنْتَمِ إلى المضاربة الأولى . لأنها انفسخت لذهاب مالها .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٥٠

قال ﴿ وإذا اتفق ربّ المال والمضارب ، على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما . كان الربح بينهما ،
والوضيعة على المال ﴾

وجملته : أنه متى شرط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، فالشرط باطل . لا نعلم فيه
خلافاً ، والعقد صحيح . نصّ عليه أحمد . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك . وروى عن أحمد : أن العقد
يفسُد به . وحكى ذلك عن الشافعي . لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة ، كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم .
والمذهب الأول .

ولنا : أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح ، فلم يفسُد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويُفارق شرط
الدراهم . لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصّة كل واحد منهما في الربح مجعولة .

(فصل)

٣٦٥١

والشروط في المضاربة تنقسم قسمين : صحيح ، وفاسد .

فالصحيح : مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يسافر به ، أو لا يتجر إلا في بلد
بعيته ، أو نوع بعيته ، أو لا يشتري إلا من رجل بعيته . فهذا كله صحيح ، سواء كان هذا النوع مما يعمُّ
وجوده ، أو لا يعمُّ ، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقلُّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعي :
إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعيته ، أو سلعة بعيته ، أو ما لا يعمُّ وجوده ، كالياقوت الأحمر ،
والخليل البلق^(١) . لم يصح . لأنه يمنع مقصود المضاربة ، وهو التقليل ، وطلب الربح . فلم يصح ، كما لو
اشترط أن لا يبيع ، ويشتري إلا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به .

(١) البلق : القى تجمع بين السواد والبياض .

ولنا : أنها مضاربة خاصة : لا تمنع الربح بالكلية . فصحت ، كما لو شرط أن لا يتجرّ إلا في نوع يعمّ وجوده . ولأنه عقد يصحّ تخصيصه بنوع . فصحّ تخصيصه في رجل بعينه ، وسلعة بعينها ، كالوكالة ، وقولهم : إنه يمنع المقصود : ممنوع ، وإنما يقلّه ، وتقليله لا يمنع الصحة ، كتخصيصه بالنوع . ويُفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال . فإنه يمنع الربح بالكلية . وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشتري إلا من فلان . فإنه يمنع الربح أيضاً . لأنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به . ولهذا لو قال : لا تبع إلا ممن اشتريت منه . لم يصحّ ، لذلك .

(فصل)

٣٦٥٢

ويصحّ تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضاربتك على هذه الدراهم سنة . فإذا انقضت فلا تبع ، ولا تشتري ، قال مهنا : سألت أحمد عن رجل أعطى رجلاً ألفاً مضاربة شهراً ؟ قال : إذا مضى شهر يكون قرضاً ، قال : لا بأس به . قلت : فإن جاء الشهر وهي متاع ؟ قال : إذا باع المتاع يكون قرضاً ، وقال أبو الخطاب : في صحة شرط التأقيت روايتان : أحدهما : هو صحيح ، وهو قول أبي حنيفة .

والثانية : لا يصحّ . وهو قول الشافعي ، ومالك . واختيار أبي حفص المَكْبَرِيّ لثلاثة معان : أحدها : أنه عقد يقع مطلقاً . فإذا شرط قطعه لم يصحّ كالنكاح .

الثاني : أن هذا لبس من مقتضى العقد ، ولا له فيه مصلحة ، فأشبهه ما لو شرط أن لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد : أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضئاً . فإذا منعه البيع لم ينقض .

الثالث : أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل . لأنه قد يكون الربح ، والحظ في تبقية المتاع ، وبيعه بعد السنة . فيمتنع ذلك بمضيتها .

ولنا . أنه تصرف يتوقّت بنوع من المتاع . فجاز توقيته في الزمان ، كالوكالة ، والمعنى الأول الذي ذكره يبطل بالوكالة ، والوديعة ، والمعنى الثاني والثالث : يبطل تخصيصه بنوع من المتاع . لأن لرب المال منعه من البيع ، والشراء في كلّ وقت ، إذا رضى أن يأخذ بماله عَرَضاً . فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد ، فصحّ ، كما لو قال : إذا انقضت السنة فلا تشتري شيئاً . وقد سلّموا صحة ذلك .

(فصل)

٣٦٥٣

وإذا اشترط المضارب نقصة نفسه صحّ ، سواء كان في الحضر ، أو السفر . وقال الشافعي : لا يصحّ في الحضر .

ولنا : أن التجارة في الحضر إحدى حالتى المضاربة . فصَحَّ اشتراط النفقة فيها كالسفر . ولأنه شرط النفقة في مقابلة عمله فصَحَّ ، كما لو اشترطها في الوكالة .

(فصل)

٣٦٥٤

والشروط الفاسدة : تنقسم إلى ثلاثة أقسام .

أحدها : ما ينافى مقتضى العقد ، مثل أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدّة بعينها ، أو لا يبيع إلا برأس المال ، أو أقلّ ، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه . أو شرط ألا يشتري ، أو لا يبيع ، أو أن يولّيه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك . فهذه شروط فاسدة . لأنها تُنفوت المقصود من المضاربة ، وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل

القسم الثانى : ما يعود بجهالة الربح . مثل أن يشترط المضارب جزءاً من الربح مجهولاً ، أو ربح أحد الكسبين ، أو أحد الألفين ، أو أحد العبدین ، أو ربح إحدى السفرتين ، أو ما يربح في هذا الشهر ، أو أن حقّ أحدهما في عبد يشتره ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقّه أو بيمضه ، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبيّ ، فهذه شروط فاسدة . لأنها تُنفى إلى جهل حقّ كلّ واحد منهما من الربح ، أو إلى فواته بالكلية ، ومن شرط المضاربة : كون الربح معلوماً .

القسم الثالث : اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ، ولا مقتضاه ، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر ، أو يأخذه بضاعةً ، أو قرضاً ، أو أن يخدمه في شىء بيمينه ، أو يرتفق ببعض السلع ، مثل أن يلبس الثوب ، ويستخدم العبد ، ويركب الدابة ، أو يشترط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضیعة ، أو أنه متى باع السلعة فهو أحقُّ بها بالتمنّ ، أو شرط المضارب على ربّ المال شيئاً من ذلك . فهذه كلّها شروط فاسدة . وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع مُعللاً ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة ، لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه ، فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمرأ ، أو خنزيراً . ولأنّ الجهالة تمنع من التسليم ، فتُفضى إلى التنازع والاختلاف . ولا يهمل ما يدفعه إلى المضارب .

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالنصوص عن أحد في أظهر الروايتين عنه : أن العقد صحيح . ذكره عنه الأثرم وغيره ، لأنه عقد يصحّ على مجهول . فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنسكاح ، والعناق ، والطلاق ، وذكر القاضى ، وأبو الخطاب روايةً أخرى : أنها تُفسد العقد . لأنه شرط فاسد . فأفسد العقد . كشرط دراهم معلومة ، أو شرط أن يأخذه بضاعةً . والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء .

(فصل)

٣٦٥٥

وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة .

٣٦٥٦ أحدها : أنه إذا تصرف نفذ تصرفه . لأنه أذن له فيه . فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف كالوكيل .

فإن قيل : فلو اشترى الرجل شراءً فاسداً ، ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه ، مع أن البائع قد أذن له في التصرف .

قلنا : لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالإذن . فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له . فإذا لم يملك لم يصح . وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه ، وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الإذن . لأنه أذن له في تصرف يقع له .

٣٦٥٧ الفصل الثاني : أن الربح جميعه رب المال . لأنه تمامه وإنما يستحق العامل بالشرط . فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط . فلم يستحق منه شيئاً . وكان له أجر مثله . نص عليه أحمد . وهو مذهب الشافعي . واختار الشريفي أبو جعفر : أن الربح بينهما على ما شرطاه . واحتج بما روى عن أحمد أنه قال : إذا اشتركا في العروض قسم الربح على شرطاه . قال : وهذه الشركة فاسدة . واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة . فثبت المسمى في فاسده ، كالنسكاح . قال : ولا أجر له . وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة . وقد ذكرنا هذا . قال القاضي ، أبو يعلى : والمذهب ما حكينا . وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض ، وحكى عن مالك : أنه يرجع إلى إقراض المثل . وحكى عنه إن لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا : أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له ، أو أجر مثله . ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا . لأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضى به . فلا يستحق أكثر منه ، كما لو تبرع بالعمل الزائد .

ولنا : أن تسمية الربح من توابع المضاربة ، أو ركن من أركانها . فإذا فسدت فسدت أركانها ، وتوابعها ، كالصلاة ، ولا نسلم في النسكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسداً . وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل . لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى . فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه . وذلك متسدر ، فتجب قيمته ، وهو أجر مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً ، وتقابضاً ، وتلف أحد العوضين في يد القابض له ، وجب رد قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر ، فأما إن رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول : قارضتك والربح كله لي . فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا . لأنه تبرع بعمله . فأشبهه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل ، أو أخذ له بضاعة .

٣٦٥٨ الفصل الثالث: في الضمان. ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدية ، وتفريطه ، لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً في فاسده ، وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن .

وإنما : أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه . فلم يضمنه في فاسده ، كالوكالة . ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعدية ، ولا فعله . فكذا ههنا . وأما الشرعة إذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٥٩

قال : ﴿ ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين : ضارب بالدين الذي عليك ﴾ نص أحمد على هذا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يحمل الرجل ديناً له على رجل مضاربة . ويمكن حفظنا ذلك عنه عطاء ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وبه قال الشافعي ، وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن تصح المضاربة ، لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه ، فتبرأ ذمته منه ، وبصير كما لو دفع إليه عرضاً ، وقال : به وضارب بضمنه ، وجمّل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال ، والمضارب أجر مثله ، لأنه علقه بشرط ، ولا يصحّ عندهم تعليق القراض بشرط ، والمذهب هو الأول . لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له ، وإنما بصير لغيره بقبضه ، ولم يوجد القبض ههنا ، وإن قال له : اعزل المال الذي لي عليك ، وقد قارضتك عليه ، ففعل ، واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة ، وقع الشراء للمشتري ، لأنه يشتري لغيره بمال نفسه ، فحصل الشراء له ، فإن اشترى في ذمته ، فكذلك ، لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال .

(فصل)

٣٦٦٠

وإن قال لرجل : اقبض المال الذي على فلان ، واعمل به مضاربة ، فقبضه ، وعمل به جاز في قولهم جميعاً ، ويكون وكيلاً في قبضه ، مؤتمناً عليه ، لأنه قبضه بإذن مالكة من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، كما لو قال : اقبض المال من غلامي وضارب به ، قال مهنا ، سألت أحمد عن رجل قال : أقرضني ألفاً شهراً ، ثم هو بعد الشهر مضاربة ؟ قال : لا يصلح ، وذلك لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه . وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه . ولو قال : ضارب به شهراً ، ثم خذه قرضاً جاز . لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل)

٣٦٦١

ومن شرط المضاربة : أن يكون رأس المال معلوم المقدار . ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزأفاً ، ولو شاهدها . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأي : يصح إذا شاهدها ، والقول قول العامل مع يمينه في قدره ، لأنه أمين رب المال . والقول قوله فيما في يديه ، فقام ذلك مقام المعرفة به . ولنا : أنه مجهول ، فلم تصح المضاربة به ، كما لو لم يشاهدها . وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند الفاصلة ؟ ولأنه يُفَضَّى إلى المنازعة ، والاختلاف في مقداره ، فلم يصح ، كما لو كان في الكيس . وما ذكره يبطل بالسكِّم ، وبما إذا لم يشاهدها .

(فصل)

٣٦٦٢

ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار ، وقال : قارضتك على أحدهما لم يصح ، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف ، لأنه عقد تمنع صحته الجهالة . فلم يحز على غير معيّن كالبيع .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٦٣

قال : وإن كان في يده ودیعة جاز له أن يقول : ضارب بها . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الحسن : لا يجوز حتى يقبضها منه ، قياساً على الدين .

ولنا : أن الوديعة ملك رب المال ، فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرة ، فقال : قارضتك على هذا الألف ، وأشار إليه في زاوية البيت ، وفارق الدين . فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغيرم إلا بقبضه ، ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه ، وصارت في الذمة لم يحز أن يضاربه عليها ، لأنها صارت ديناً .

(فصل)

٣٦٦٤

ولو كان في يد غيره مال مفصوب ، فضارب الغاصب به ، صح أيضاً لأنه مال لرب المال ، يُباح له بيعه من غاصبه ، ومن يتدر على أخذه منه . فأشبه الوديعة . وإن تلف وصار في الذمة لم تجز المضاربة به . لأنه صار ديناً ، ومتى ضاربه بالمال المفصوب زال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال القاضي : لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمتاً . وهو مذهب الشافعي . لأن القراض لا ينافي الضمان ، بدليل ما لو تعدى فيه .

ولنا : أنه ممسك للمال بإذن مالكه ، لا يختص بِنفعه ، ولم يتعد فيه . فأشبهه ما لو قبضه إياه .

٣٦٦٥

(فصل)

والعامل أمين في مال المضاربة . لأنه متصرف في مال غيره بإذنه ، لا يختص بنفعه . فكان أميناً ، كالوكيل . وفارق المستعير ، فإنه قبضه لمنفعته خاصة ، وهما المنفعة بينهما ، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم : أن القول قول العامل في قدر رأس المال ، كذا قال الثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وبه نقول : ولأنه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره . والقول قول المنكر . وكذلك القول قوله فيما يدعى من تلف المال ، أو خسارة فيه . وما يدعى عليه من خيانة وتفريط ، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه ، أو للمضاربة . لأن الاختلاف هنا في نيته ، وهو أعلم بما نواه ، لا يطالع على ذلك أحد سواه . فكان القول قوله فيما نواه . كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكفاية الطلاق ، ولأنه أمين في الشراء . فكان القول قوله ، كالوكيل . ولو اشترى عبداً ، فقال رب المال : كنت نهيئتك عن شرائه ، فأنكر العامل ، فالقول قوله . لأن الأصل عدم النهي ، وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً .

٣٦٦٦

(فصل)

وإن قال : أذنت لي في البيع نسيئة ، وفي الشراء بشرة ، قال : بل أذنت لك في البيع نقداً . وفي الشراء بخمسة . فالقول قول العامل . نص عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة : ويحتمل أن القول قول رب المال . وهو قول الشافعي . لأن الأصل عدم الإذن . ولأن القول قول رب المال في أصل الإذن . فكذلك في صفته .

ولنا : أنهما اتفقا على الإذن ، واختلفا في صفته . فكان القول قول العامل ، كما لو قال : قد نهيئتك عن شراء عبد ، فأنكر النهي .

٣٦٦٧

(فصل)

وإن قال : شرطت لي نصف الربح ، فقال : بل ثلاثة . فعن أحمد فيه روايتان : إحداهما : القول قول رب المال . نص عليه في رواية ابن المنصور ، وسندي . وبه قال الثوري ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المبارك ، وابن المنذر . لأن رب المال ينكر الدس الزائد ، واشترطه له . والقول قول المنكر .

والثانية : أن العامل إذا ادعى أجر المثل وزيادة يتعاقب الناس بنقلها فالقول قوله . وإن ادعى أكثر فالقول قوله فيما وافق أجر المثل . وقال الشافعي : يتعاقبان ، لأنهما اختلفا في عوض عقد ، فيتعاقبان كالمتبايعين .

وانسا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » ولأن الاختلاف في المضاربة ، فلم يتحالفا كسائر ما قدّمنا اختلافهما فيه . والمتبايعان يرجعان إلى رهوس أموالهما ، بخلاف ما نحن فيه .

(فصل)

٣٦٦٨

وإن ادعى العامل ردّ المال ، فأنكر ربّ المال . فالقول قول ربّ المال مع يمينه . نصّ عليه أحمد . ولأصحاب الشافعي وجهان . أحدهما : كقولنا .

والآخر : يقبل قوله . لأنه أمين . ولأن معظم النفع لربّ المال فالعامل كالمودع . ولنا : أنه قبض المال لنفع نفسه . فلم يقبل قوله في الردّ كالمتعير . ولأن ربّ المال منكر والقول قول المنكر . وفارق المودع . فإنه لا نفع له في الوديعة ، وقولهم : إن معظم النفع لربّ المال : يمنعه ، وإن سلّم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه ، ولم يأخذه لنفع ربّ المال .

(فصل)

٣٦٦٩

وإن قال : ربحت ألفاً ، ثم قال : خسرت ذلك فقبل قوله . لأنه أمين يقبل قوله في التلف ، فقبل قوله في الخسارة . كالوكيل . وإن قال : غلظت أو نسيت لم يقبل قوله . لأنه مقرر بحقّ لادعى . فلم يقبل قوله في الرجوع ، كما لو أقر بأن رأس المال ألف ، ثم رجع . ولو أن العامل خسر ، فقال لرجل : أقرضني ما أتمم به رأس المال ، لأعرضه على ربة . فإنني أخشى أن ينزعه مني إن علم بالخسارة ، فأعرضه ، فعرضه على ربّ المال ، وقال : هذا رأس مالك ، فأخذه ، فله ذلك . ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع . ولا تقبل شهادة المقرض له . لأنه يجرّ إلى نفسه نفعا . وليس له مطالبة ربّ المال . لأن العامل مملّكه بالمقرض ، ثم سلّمه إلى ربّ المال ، ولكن يرجع المقرض على العامل لاغير .

(فصل)

٣٦٧٠

وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا على النصف ، فنصف المال ، وهو ثلاثة آلاف . وقال ربّ المال : رأس المال ألفان ، فصدّقه أحدهما ، وقال الآخر : بل هو ألف . فالقول قول المنكر مع يمينه ، فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان . فنصيبه منهما خمسمائة ، يبقى ألفان وخمسمائة ، يأخذ ربّ المال ألفين . لأن الآخر يصدّقه ويبقى خمسمائة ربحا بين ربّ المال ، والعامل الآخر يقسمانها أثلاثا : لربّ المال ثلثاها ، وللعامل ثلثها ، مائة وستة وستون ، وثلثان ، ولربّ المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث . لأن نصيب ربّ المال من الربح نصفه . ونصيب هذا العامل ربعه . فيقسم بينهما باقى الربح على ثلاثة ، وما أخذه

الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما ، والتالف يُحسب في المضاربة من الربح . وهذا قول الشافعي .

(فصل)

٣٦٧١

وإن دفع إلى رجل ألفاً يتجر فيه ، فربح . فقال العامل : كان قرضاً لي ربحه كله ، وقال ربّ المال : كان قرضاً فربحه بيننا . فالقول قول ربّ المال ، لأنه مذكّر ، فالقول قوله في صفة خروجه عن يده ، فإذا حلف قسمنا الربح بينهما ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله . لأنه إن كان الأجر نصيبه من الربح فربّ المال معترف له به ، وهو يدعى الربح كله . وإن كان أجر مثله أكثر . فالقول قوله في عمله مع يمينه . كما أن القول قول ربّ المال في ربح ماله . فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط ، وإتّما عمل لغرض لم يسلم له . فيكون له أجر المثل ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فنصّ أحد في رواية مهنا : أنهما يتعارضان ، ويقسم الربح بينهما نصفين ، وإن قال ربّ المال : كان بضاعة ، وقال العامل : بل كان قرضاً احتمل أن يكون القول قول العامل . لأن عمله له ، فيكون القول قوله فيه ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أقلّ الأمرين من نصيبه من الربح ، أو أجر مثله ، لأنه لا يدعى أكثر من نصيبه من الربح . فلا يستحق زيادة عليه . وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قرضاً ، فيكون له أجر عمله ، وإن قال ربّ المال : كان بضاعة ، وقال العامل : كان قرضاً . حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادّعاه خصمه ، وكان له أجر عمله لا غير ، وإن خسر المال ، أو تلف ، فقال ربّ المال : كان قرضاً ، وقال العامل : كان قرضاً ، أو بضاعة ، فالقول قول ربّ المال .

(فصل)

٣٦٧٢

وإذا اشترط المضارب النفقة ، ثم ادّعى أنه إنما أنفق من ماله ، وأراد الرجوع ، فله ذلك ، سواء كان المال باقياً في يديه ، أو قد رجع إلى مالكه ، وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان المال باقياً في يديه ، وليس له ذلك إذا كان بعد رده .

ولنا : أنه أمين ، فكان القول قوله في ذلك ، كما لو كان باقياً في يده ، وكالوصي إذا ادّعى

النفقة على اليتيم .

(فصل)

٣٦٧٣

إذا كان عبد بين رجلين ، فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف ، وقال : لم أقبض ثمنه ، وادّعى المشتري

أنه قبضه ، وصدّقه الذي لم يبيع برى المشتري من نصف ثمنه ، لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقّه ،

(٨٢ - المغي - خامس)

فبرئ المشتري منه ، كما لو أقر أنه قبضه بنفسه ، وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه ، والمشتري ، فإن خاصمه شريكه ، وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن ، فأنكر . فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن المدعى بينه . وإن كانت له يمينه قضى بها عليه . ولا تقبل شهادة المشتري له . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً . وإن خاصم البائع المشتري ، فادعى المشتري أنه دفع إليه الثمن ، وأنكر البائع . فالقول قوله مع يمينه . لأنه منكر . فإذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ، ولا يشاركه فيه شريكه . لأنه معترف أنه يأخذه ظاهراً فلا يستحق مشاركته فيه ، وإن كانت للمشتري يمينه حكم بها . ولا تقبل شهادة شريكه عليه . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً . ومن شهد بشهادة تجرّ إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في السكك ، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها ، وإن ادعى المشتري أن شريك البائع قبض الثمن منه ، فصدقه البائع نظرت ، فإن كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها . وإن لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن ، لأن البائع لم يوكّله في القبض ، فقبضه له . لا يلزمه ، ولا يبرأ المشتري منه ، كما لو دفعه إلى أجنبي . ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع . لأنه ينكره ، وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير . لأنه مقرّ أن شريكه قبض حقه . ويلزم المشتري دفع نصيبه إليه ، ولا يحتاج إلى أمين ، لأن المشتري مقرّ ببقاء حقه . وإن دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمته . فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركة فيما قبض . لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد . فاقبض منه يكون بينهما ، كما لو كان ميراثاً . وله أن لا يشاركه ، وبطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركة فيما قبض . لأن كلّ واحد منهما يستحقّ ثمن نصيبه الذى ينفرد به . فلم يكن لشريكه مشاركة فيما قبض من ثمنه ، كما لو باع كلّ واحد منهما نصيبه في صفقة . ويخالف الميراث . لأن سبب استحقاق الورثة لا يَتَّبِعُ ، فلم يكن للورثة تمييزه . وهما يتبعض . لأنه إذا كان البائع اثنان كان بمنزلة عقدين . ولأن الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه الموروث يشترك فيه جميع الورثة . بخلاف مسائلنا . فإن ما يقبضه لنفسه . فإن قلنا : له مشاركة فيما قبض ، فعملية اليمين : أنه لم يستوف حقه من المشتري ، ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ، وبطالب المشتري بقية حقه إذا حلف له أيضاً : أنه ما قبض منه شيئاً ، وليس للمقبوض منه أن يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لأنه مقرّ أن المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه . وإنما أخذ منه ظاهراً ، فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره . وإن خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه أنه قبض الثمن منه . فكانت له يمينه حكم بها . وتقبل شهادة البائع له ، إذا كان عدلاً ، لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً . لأنه إذا ثبت أن شريكه قبض الثمن لم يملك المطالبة بشيء . لأنه ليس بوكيل له في القبض ، فلا يقع قبضه له . هكذا ذكره بعض أصحابنا . وعندى لا تقبل شهادته له . لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري . وإذا لم تكن يمينه ، فخاف أخذ من المشتري نصف الثمن ، وإن نكل أخذ المشتري منه نصفه .

(فصل)

٣٦٧٤

وإذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما ، بأن يستولى على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ، ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة . صحح في نصيب المالك . وبطل في نصيب الغاصب . وإن وكل الشريك الغاصب ، أو وكل الغاصب الشريك في البيع ، فباع العبد كله صفقة واحدة . بطل في نصيب الغاصب في الصحيح . وهل يصح في نصيب الشريك ؟ على روايتين ، بناءً على فريق الصفقة . لأن الصفقة ههنا وقعت واحدة . وقد بطل البيع في بعضها ، فبطل في سائرها . بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب . فإنهما عقدان . لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان . ولو أن الغاصب ذكر للمشتري أنه وكل في نصفه لصالح في نصيب الآذن ، لسكونه كالعقد المفرد .

(فصل)

٣٦٧٥

وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد إما عقد ، أو ميراث ، أو استهلاك ، أو غيره . فقبض أحدهما منه شيئاً ، فلآخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب ، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه . وهو قول أبي العالية ، وأبي قلاب ، وابن سيرين ، وأبي عبيد ، قيل لأحمد : بعثت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه ، فأعطاني حقي ، وقال : هذا حقت خاصة ، وأنا أعطى شريكك بعد ؟ قال : لا يجوز . قيل له : فإن أخذه أو أبرأه من حقه دون صاحبه ؟ قال : يجوز . قيل : فقد قال أبو عبيد : له أن يأخذ دون صاحبه ، إذا كان له أن يؤخر ، ويبرئه دون صاحبه ؟ فسكر فيها ثم قال : هذا يشبه الميراث ، إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض . وقد قال ابن سيرين ، وأبو قلاب ، وأبو العالية : من أخذ شيئاً فهو من نصيبه . قال : فرأيت قد احتج له وأجازه . قال أبو بكر : العمل عندى على ما رواه حرب ، وحنبل : أنه لا يجوز . وهو الصحيح . وقد صرح به أحمد في أول هذه الرواية . ولم يصرح بالرجوع عما قاله . وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضی الشريك . فيكون المأخوذ ، والباقي جميعاً مشتركاً ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه ، سواء كان باقياً في يده ، أو أخرجه عنها برهن ، أو قضاء دين ، أو غيره ، وله أن يرجع على الغريم . لأن الحق ، يثبت في ذمته لما على وجه سواء . فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر . فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء ، لأن حقه يثبت في أحدهما . فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر ، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم ، بأن يقول : أنا أعطيتك نصف ما قبضت ، بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض . فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله ، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمه للشريك . لأنه قدر حقه فيما

تعدى بالقبض ، وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً ، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برىء منه . لأنه بمنزلة تلفه . ولا يرجع عليه غريمه بشيء ، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ، ثم قبضا من الدين شيئاً اقسماه على قدر حقهما في الباقي . للمبرى أربعة أنساعه ، ولشريكه خمسة أنساعه ، وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي . وما بقي بينهما على ثمانية : للمبرى ثلاثة أثمانه ، وللآخر خمسة أثمانه . فما قبضاه . بعد ذلك اقسماه على هذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر إبطال الشراء ، فإن بذل له المشتري نصف الثوب ، ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك ، وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي ، هل يقف على الإجازة أولاً ؟ وإن آخر أحدهما حقه من الدين جاز ، فإنه لو أسقط حقه جاز ، فتأخيره أولى ، فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضى . والأولى : أن له الرجوع . لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل . فوجود التأجيل كمدمه ، فأما إن قلنا بالرواية الأخرى ، وأن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه ، فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه ، أو وكيله . وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ، ولا لو كيله ، فلا يثبت له فيه حق . وكان لقابضه ، لثبوت يده عليه بحق ، فأشبهه ما لو كان الدين بسببين ، وليس هذا قسمة الدين في الذمة . وإنما تعين حقه بقبضه ، فأشبهه تعينه بالإبراء ، ولأنه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه ، كسائر الحقوق ، ولأن هذا القبض لا يخلو : إما أن يكون بحق أو بغير حق . فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه ، كما لو كان الدين بسببين . وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته ، لأن حقه في الذمة ، لا في العين ، فأشبهه ما لو أخذ غاصب منه مالاً ، فعلى هذا ما قبضه القابض ، يختص به دون شريكه . وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً صحيح . ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل — ل)

٣٦٧٦

واختلفت الرواية عن أحد في قسمة الدين في الذمم ، فقل حنبعل منع ذلك ، وهو الصحيح ، لأن الذمم لا تنكافأ ، ولا تعادل ، والقسمة تقتضى التعديل . وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ، ولا يجوز بيع الدين بالدين ، فعلى هذا لو تقاسما ، ثم تروى^(١) بعض المال ، رجع من تروى ماله على من لم يتو ، وبهذا قال ابن سيرين ، والنخعي ، ونقل حرب جواز ذلك . لأن الاختلاف لا يمنع القسمة ، كما لو اختلفت الأعيان . وبه قال الحسن ، وإسحاق ، فعلى هذا لا يرجع من تروى ماله على من لم يتو ، إذا أبرأ كل واحد صاحبه .

(١) توى : بفتح التاء وكسر الواو معناه هلك .

وهذا إذا كان في ذِمِّم . فأما في ذِمَّة واحدة فلا تمسكن القسمة ، لأن معنى القسمة إفراز الحق . ولا يتصور ذلك في ذِمَّة واحدة ، والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له)

٣٦٧٧

يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه . لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده . فجاز له التصرف بإذنه ، وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه . لأن تصرفه إنما جاز بإذن سيده . فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فإن دفع إليه مالا يتجر به ، كان له أن يبيع ، ويشتري ، ويتجر فيه . وإن أذن له أن يشتري في ذِمِّمته جاز . وإن عيّن له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ، ولم يكن له التجارة في غيره . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتجر في غيره ، وينفك عنه الحجر مطلقاً ، لأن إذنه إطلاق من الحجر ، وفك له ، والإطلاق لا يتبعض ، كبلوغ الصبي .

ولنا : أنه متصرف بالإذن من جهة الأذى ، فوجب أن يختص ما أذن له فيه ، كالوكيل ، والمضارب . وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه . أو طعام لياكله . ويخالف البلوغ . فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر . فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة ، وههنا الرق سبب الحجر ، وهو موجود ، فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد ، وإنما يتصرف العبد بالإذن . ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح ، بخلاف العبد ؟

(فصل)

٣٦٧٨

وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لإنسان ، وبه قال الشافعي ، وأباحهما أبو حنيفة . لأنه يتصرف لنفسه ، فملك ذلك ، كالمكاتب .

ولنا : أنه عقد على نفسه ، فلا يملكه بالإذن في التجارة ، كبيع نفسه ، وتزوجيه . وقولهم : إنه يتصرف لنفسه ممنوع ، بل يتصرف لسيدته ، وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيده .

(فصل)

٣٦٧٩

وإذا رأى السيد عبده يتجر ، فلم ينهه لم يصير مأذوناً له ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يصير مأذوناً له . لأنه سكت عن حقه . فكان مُسقطاً له ، كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة .

ولنا : أنه تصرف يفتقر إلى الإذن ، فلم يقم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن الرهن ، والمرتهن ساكت ، أو باعه المرتهن ، والراهن ساكت ، وكتصرفات الأجانب . ويخالف الشفعة . فإنها تسقط بمضى الزمان إذا علم ، لأنها على الفور .

٣٦٨٠

(فصل)

ولا يبطل الإذن بالإباق ؛ وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يبطل . لأنه يُزيل به ولاية السيد عنه في التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ، ولا هبته ، ولا رهنه ، فأشبهه ما لو باعه .

ولنا : أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له في التجارة ، فلم يمنع استدامته ، كالمو غصبه غاصب ، أو حبس بدين عليه ، وعلى غيره ، وما ذكروه غير صحيح . فإن سبب الولاية باق ، وهو الرق ، ويجوز بيعه ، وإجارته ممن يقدر عليه ، ويبطل بالمغصوب .

٣٦٨١

(فصل)

ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ، ولا كسوة الثياب . ويجوز هبته المأكول ، وإعارة دابته ، واتخاذ الدعوة ، ما لم يكن إمسرافاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده . لأنه تبرع بمال مولاه ؛ فلم يحز كهبة دراهمه .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يحب دَعْوَةَ الْمَسْلُوكِ » وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد « أنه تزوج . فحضر دَعْوَتَهُ أَنَسٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، منهم عبدُ اللَّهِ بن مسعود ، وحذيفة ، وأبو ذر ، فأَمَّهُمْ ؛ وهو يومئذٍ عبدٌ » رواه صالح في مسائله بإسناده ، ولأن العادة جارية بهذا بين التجار ، فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب ، والسنة ، والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى : (٩ : ٦٠) إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْمُقَرَّبِينَ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا) يجوز العمل عليها . وذلك بحكم النيابة عن المستحقين . وأيضاً قوله تعالى (١٨ : ١٩) فَأَبْمَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرُوا فِيهَا أَرْكَى طَعَامًا ، فَلْيَأْكُلُوا مِنْهُ) وهذه وكالة . وأما السنة : فروى أبو داود ، والأثرم ، وابن ماجه عن الزبير بن الخريز ، عن أبي ليبيد لما زار ، عن عروة بن الجعد ، قال « عَرَضَ لِنَبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَلَبٌ فَأَعْطَانِي دِينَارًا . فَقَالَ : يَا عُرْوَةُ ، أَتَيْتَ الْجَلَبَ فَأَشْتَرْتَ لَنَا شَاةً . قَالَ : فَأَتَيْتُ الْجَلَبَ فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ . فَأَشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ . فَخَرْتُ أَسْوَفَهُمَا ، أَوْ أَفُودَهُمَا . فَلَقِيَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِي فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْدِينَارِ وَالشَّاةِ . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاةُكُمْ قَالَ : وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ قَالَ : فَخَدَثَهُ الْحَدِيثُ . قَالَ : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفَقَةِ يَمِينِهِ » هذا لفظ رواية الأثرم . وروى أبو داود بإسناده ، عن جابر بن عبد الله ، قال « أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ لَهُ : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ . فَقَالَ : أَتَيْتَ وَكَيْلِي ، فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسُقًا . فَإِنْ ابْتَفَى مِنْكَ آيَةٌ فَضَعْ بِدَكَ عَلَى تَرَفُوتَيْهِ » وروى عنه صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ وَكَّلَ عَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ النَّضْرِيَّ فِي قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ » ، وأجمعت الأئمة على جواز الوكالة في الجملة . ولأن الحاجة داعية إلى ذلك . فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه ، فدعت الحاجة إليها .

(فصل)

٣٦٨٢

وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه ، وكان مما تدخله النيابة : صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة ، حراً ، أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً . وأما من يتصرف بالإذن ، كالعبد المأذون له والوكيل ، والمضارب ، فلا يدخلون في هذا . لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده ، كالطلاق ، والخلع ، وكذلك الحكم في الحجور عليه أسفه ، لا يوكل إلا فيما له فعله ، من الطلاق ، والخلع ، وطلب القصاص ، ونحوه . وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه ، وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه ، إلا الفاسق . فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه . وذكر القاضي : أنه لا يصح أن يقبله لغيره . وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك . وهو القياس . ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين ، فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي تثبت الولاية له ، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين .

أحدهما : يجوز توكيله لأنه ليس بولي .

ووجه الوجه الآخر : أنه موجب للنكاح . أشبه الولي ، ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه . فلم يجوز أن يتوكّل فيه كالمرأة . ويصحّ توكيل المرأة في طلاق نفسها ، وطلاق غيرها . ويصحّ توكيل العبد في قبول النكاح ، لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه . وإنما يقف ذلك على إذن سيّده ، ليرضى بتملّق الحقوق به ، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصحّ أن يتوكّل فيه ، كالمرأة في عقد النكاح وقبوله ، والكافر في تزويج مُسَلِّمة ، والطفل ، والمجنون في الحقوق كلّها .

(فصل)

٣٦٨٣

والمكاتب أن يوكّل فيما يتصرّف فيه بنفسه . وله أن يتوكّل بجعلٍ لأنه من اكتساب المال . ولا يمنع المكاتب من الاكتساب . وليس له أن يتوكّل لغيره بغير جعلٍ إلا بإذن سيّده . لأنّ منافعهم كأعيان ماله ، وليس له بذل عين ماله بغير عوض . وللعبد أن يتوكّل بإذن سيّده . وليس له التوكيل بغير إذن سيّده ، وإن كان مأذوناً له في التجارة . لأنّ الإذن في التجارة لا يقتل التوكيل ، وتصحّ وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي . لأنه ممن يصحّ تصرفه .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٨٤

قال ﴿ ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ، ومطالبة الحقوق ، والعتق والطلاق ، حاضرّاً كان الموكّل أو غائباً ﴾

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء . وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر . ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق . وقد يكون له مال ، ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يُفترغ ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعبّر بها ، ويحطّ ذلك من منزلته ، وأباحها الشرع دفعاً للحاجة ، وتحصيلاً لمصلحة الآدمي الخلق لعبادة الله سبحانه . ويجوز التوكيل في الحوالة ، والرهن ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والوديعة ، والمضاربة ، والجعالة ، والمساقاة ، والإجارة ، والقرض ، والصالح ، والوصية ، والهبة ، والوقف ، والصدقة ، والفسخ ، والإبراء . لأنها في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها ، فيثبت فيها حكمه . ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً ، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب ، والقبول . لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم « وَكَّلَ عُمَرُو بْنُ أُمَيَّةَ ، وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ لَهُ ، وَلَأنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ . فَإِنَّهُ رَبَّمَا احتاج إلى التزوّج من مكان بعيد ، لا يمكنه السفر إليه . فإن النبي صلى الله عليه وسلم « تَزَوَّجَ أُمُّ حَبِيبَةَ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ » ويجوز التوكيل في الطلاق ، والخلع والرجعة ، والعتاق . لأن الحاجة تدعو إليه ، كدُعائها إلى التوكيل في البيع ، والنكاح . ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات ،

كإحياء الموات ، وإسقاء النساء ، والاصطياد ، والاحتشاش . لأنها تملك مالٍ بسبب لا يتمين عليه ، فجاز التوكيل فيه ، كالابتياح ، والاشتبا ، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص ، وحدّ القذف ، واستيفائهما ، في حضرة الموكل ، وغيبته . لأنهما من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما . لأن من له حقّ قد لا يحسن الاستيفاء ، أولا يجِبُ أن يتولاه .

(فصل — ل)

٣٦٨٥

ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق ، وإثباتها ، والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل ، إذا كان الموكل حاضراً . لأن حضوره مجلس الحكم ، ومخاصمته حقّ لخصمه عليه . فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه ، كالدين عليه .

ولنا : أنه حقّ نجوز النيابة فيه . فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضا خصمه ، كحال غيبته ، ومريضه ، وكدفع المال الذي عليه . ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإنّ علياً رضي الله عنه وكلّ عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه ، وقال « مَا قُضِيَ لَهُ قَلِي ، وَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ قَلِي » ووكلّ عبد الله بن جعفر عند عثمان ، وقال : « إِنَّ لَلْخُصُومَةِ قَحْماً ، وَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَيُخْضِرُهَا ، وَإِنَّ لَأَكْرَهَ أَنْ أُخْضَرَهَا » قال أبو زياد : القحّم المَهَالِكُ ، وهذه قصص انتشرت ، لأنها في مظنة الشهرة ، فلم يُنقل إنكارها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه قد يكون له حقّ يدعى عليه ، ولا يحسن الخصومة ، أولا يجِبُ أن يتولاه بنفسه ، ويجوز التوكيل في الإقرار . ولأصحاب الشافعي وجهان :

أحدهما لا يجوز التوكيل فيه ، لأنه إخبار بحقّ ، فلم يجز التوكيل فيه ، كالشهادة ^(١) .

ولنا : أنه إثبات حقّ في الذمة بالقول ، فجاز التوكيل فيه ، كالبيع ، وفارق الشهادة ، فإنّها لا تُثبِتُ الحقّ . وإنما هو إخبار بثبوتة على غيره .

(فصل — ل)

٣٦٨٦

ولا يصحّ التوكيل في الشهادة ، لأنها تتمتع بعين الشاهد ، لكونها خبراً عما رآه ، أو سمعه . ولا يتحقّق هذا المعنى في نائبه ، فإن استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته ، لكونه يؤدّي ما سمعه من شاهد الأصل ، وليس وكيلاً . ولا يصحّ في الأيمان والنذور ، لأنها تتمتع بعين الخالف ، والناذر ، فأشبهت العبادات البدنية ، والحدود .

(١) والثاني مفهوم من تقيض الأول ، وهو أنه لا يجوز .

ولا يصح في الإبلاء، والقسامة، والأيمان؛ لأنها أيمان. ولا في القسم بين الزوجات. لأنه يتعلق ببدن الزوج، لأمر لا يوجد من غيره. ولا في الرضاع. لأنه يختص بالرضعة، والمرتع، لأمر يختص بإثبات لحم المرتضع، وإنشاز عظمه بلبن الرضعة، ولا في الظهار. لأنه قول منكّر، وزور فلا يجوز فعله، ولا الاستنابة فيه.

ولا يصح في الغصب، لأنه محرم، ولا في الجنائيات، لذلك. ولا في كل محرم. لأنه لا يجوز له فعله، فلم يجز لنائبه.

(فصل)

٣٦٨٧

فأما حقوق الله تعالى: فما كان منها حداً، كحدا الزنا، والسرقه، جاز التوكيل في استيفائه. لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذنا، فإن اعترفت فأرجمها، ففدا عنها أنيس، فأعترفت، فأمر بها فرجحت» متفق عليه «وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجوه» «ووكّل عثمان عليّاً في إقامة حدّ الشرب على الوليد بن عتبة» «ووكّل على الحسن في ذلك فأبى الحسن، فوكّل عبد الله بن جعفر، فأقامه، وعلى يعث» رواه مسلم، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك. لأن الإمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه. ويجوز التوكيل في إثباتها، وقال أبو الخطاب: لا يجوز في إثباتها، وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها، والتوكيل يؤصل إلى الإيجاب.

ولنا: حديث أنيس. فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكّله في إثباته، واستيفائه جميعاً. فإنه قال «فإن اعترفت فأرجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت. وقد وكّله في إثباته، واستيفائه جميعاً. ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك الحدود، فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص، بها أولى.

والتوكيل يقوم مقام الموكّل في درئها بالشبهات، وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال، كالزكاة، والصدقات، والمندورات، والكفارات. جاز التوكيل في قبضها، وتفريقها.

ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها، ودفعها إلى مستحقها، ويجوز أن يقول لغيره: أخرج زكاة مالي من مالك، لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عمّاله لقبض الصدقات، وتفريقها، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، فترد على فقرائهم»، فإنهم أطاعوك بذلك فإيتاكم وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب» متفق عليه.

ويجوز التوكيل في الحج إذا أيس الحجج عنه من الحج بنفسه، وكذلك العمرة، ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت.

وأما العبادات البدنية المحضة ، كالصلاة ، والصيام ، والطهارة من الحدث ، فلا يجوز التوكيل فيها ، لأنها تتعلق ببدن مَنْ هي عليه ، فلا يقوم غيره مقامه فيها ، إلا أن الصيام المنذور يُفعل عن الميت ، وليس ذلك بتوكيل ، لأنه لم يوكل في ذلك ، ولا وُكِّل فيه غيره .

ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطوف ، تبعاً للحج ، وفي فعل الصلاة المنذورة ، وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان .

ولا تجوز الاستنابة في الطهارة إلا في صبِّ الماء وإبصال الماء للأعضاء ، وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها .

(فصل)

٣٦٨٨

وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه في حضرة الموكل ، وغيبته ، ونص عليه أحد . وهذا مذهب مالك . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز استيفاء القصاص ، وحدّ القذف في غيبة الموكل ، أو ما إليه أحد وهو قول أبي حنيفة ، وبعض الشافعية . لأنه يحتمل أن يففو الموكل في حالة غيبته فيسقط . وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء . ولأن الففو مندوب إليه ، فإذا حضر احتمل أن يرحمه ، فيففو . والأول ظاهر المذهب . لأن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته . كالحدود وسائر الحقوق ، واحتمال الففو بعيد . والظاهر أنه لو عفا لبعث ، وأعلم وكيله بففوه . والأصل عدمه فلا يؤثر . ألا ترى أن قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ، ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات ، مع احتمال النسخ ؟ وكذلك لا يُحتاط في استيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة ، أو تغير اجتهد الحاكم .

(فصل)

٣٦٨٩

ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب ، والقبول . لأنه عقد تعلّق به حق كل واحد منهما . فافتقر إلى الإيجاب ، والقبول ، كالبيع .

ويجوز الإيجاب بكل لفظ دلّ على الإذن ، نحو أن يأمره بفعل شيء ، أو يقول . أذنت لك في فعله ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجهم في شراء شاة بلفظ الشراء ، وقال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف أنهم قالوا (فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ) ولأنه لفظ دلّ على الإذن ، فجري مجرى قوله : وكلتك .

ويجوز القبول بقوله : قبلتُ ، وكلّ لفظ دلّ عليه .

ويجوز بكلّ فعل دلّ على القبول ، نحو أن يفعل ما أمره بفعله . لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم يُنقل عنهم سوى امتثال أمره . ولأنه أذن في التصرف ، فجاز القبول فيه بالفعل . كأكل الطعام .

ويجوز القبول على الفور ، والتراخي ، نحو أن يبلغه أن رجلاً وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه ، أو يقول : قبلت ، أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة . لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لو كالتائه كان بفعلهم ، وكان متراخياً عن توكيله إياهم . ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه . فأشبهه الإباحة . وهذا كله مذهب الشافعى .

٣٦٩٠

(فصل)

ويجوز تعليقها على شرط ، نحو قوله : إذا قدم الحاج فبيع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحماً ، وإذا جاء الأضحى فاشترى لنا أضحية ، وإذا طلب منك أهل شيئاً فادفعه إليهم ، وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا ، أو فأنت وكيلى . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : لا يصح ، لكن إن تصرف صح تصرفه ، لوجود الاذن . وإذا كان وكيلاً بجمل فسد المسعى ، وله أجر المثل . لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة ، فأشبهه البيع .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد » ، فإن قُتل فجعّفر ، فإن قُتل فعبد الله ابن رَوَاحَةَ » وهذا في معناه . ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرف ، وصحته ، فكان صحيحاً ، كما لو قال : أنت وكيلى في بيع عبيدى إذا قدم الحاج ، ولأنه لو قال : وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف . ومحل النزاع في معناه . ولأنه إذن في التصرف ، أشبه الوصية ، والتأثير ، ولأنه عقد يصح بغير جمل ، ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرابة ، فصح بالجمل ، كالتوكيل الناجز .

٣٦٩١

(فصل)

ويجوز التوكيل بجمل ، وغير جمل . فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إقامة الحد ، وعروة في شراء شاة ، وعمراً وأباً رافعاً في قبول النكاح ، بغير جمل . وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم عمالة . ولهذا قال له أبناء عمه « أو بعثنا على هذه الصدقات ، فنؤدى إليك ما يؤدى الناس ، ونصيب ما يصيبه الناس ؟ » يعنيان العمالة ، فإن كانت بجمل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل ، وإن كان ممّا يمكن تسليمه ، كثوب ينسجه ، أو بقصره ، أو بخيطه ، فحق سلمه إلى الموكل معمولاً فله الأجر ، وإن كان الخياط في دار الموكل ، فكلما عمل شيئاً وقع مقبوضاً ، فيستحق الوكيل الجعل إذا فرغ الخياط من الخياطة ، وإن وكل في بيع ، أو شراء ، أو حج استحق الأجر إذا عمله . وإن لم يقبض الثمن في البيع ، وإن قال : إذا

بعت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته إلى فلك الأجر . لم يستحق منها شيئاً حتى يسأله إليه ، فإن فاته التسليم لم يستحق شيئاً ، لفوات الشرط .

(فصل)

٣٦٩٢

ولا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، فإن قال : وكلتك في كل شيء ، أوفى كل قليل ، وكثير ، أوفى كل تصرف يجوز لي ، أوفى كل مالى التصرف فيه لم يصح . ويهذه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى : يصح . ويملك به كل ما تناوله لفظه ، لأنه لفظ عام فصيح فيما يتناوله ، كما لو قال : بع مالى كله .

ولنا : أن في هذا غرراً عظيماً ، وخطراً كبيراً . لأنه تدخل فيه هبة ماله ، وطلاق نسائه ، وإعتاق رقيقه ، وتزويج نساء كثيرة ، ويلزمه المهور الكثيرة ، والأثمان العظيمة ، فيمظّم الضرر . وإن قال : اشترى ما شئت لم يصح . لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه ، وقد روى عن أحمد ما يدل على صحته . نقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه : ما اشتريت من شيء فهو بيننا : إنه جائز ، وأعجبه ، ولأن الشريك ، والمضارب ، وكيلان في شراء ما شاء ، فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بضمن المثل ، فادون ، ولا يشتري ما لا يقدر الموكّل على ثمنه ، ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه . وإن قال : بع مالى كله ، واقبض ديونى كلها صح . لأنه قد يعرف ماله ، وديونه ، وإن قال : بع ما شئت من مالى ، واقبض ما شئت من ديونى جاز . لأنه إذا جاز التوكيل في الجيع ففي بعضه أولى . وإن قال : اقبض ديونى كله ، وما يتجدد في المستقبل صح . وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : بع ما شئت من مالى لم يجز : وإن قال : من عبيدى جاز . لأنه محصور بالجنس .

ولنا : أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه ، كعبد . وإن قال : اشترى عبداً تركياً ، أو ثوباً هروياً صح . وإن قال اشترى عبداً ، أو قال ثوباً ، ولم يذكر جنسه صح أيضاً ، وقال أبو الخطاب : لا يصح . وهو مذهب الشافعي . لأنه مجهول .

ولنا : أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض .

ولا يشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر قدر الثمن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد ، وإنما تتميز بالثمن .

ولنا : أنه إذا ذكر نوعاً فقد أذن في أغلاه ثمناً ، فيقل الغرر ، ولأن تقدير الثمن بضر . فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ، ومن اعتبر ذكر الثمن جواز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

٣٦٩٣

فصل

وإذا كل وكيلين في تصرف ، وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك . لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل له ذلك ، فليس لأحدهما الانفراد به . لأنه لم يأذن له في ذلك ، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي : وإن وكلهما في حفظ ما له حفظاً معاً في حِرْزٍ لهما . لأن قوله : أفعلا كذا يقتضي إجتماعهما على فعله ، وهو ما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله : بعثكما . حيث كان منقسماً بينهما ، لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع ، فانقسم بينهما . فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف ، ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفاً . لأن الموكل رشيد جازز التصرف ، لا ولاية للحاكم عليه ، فلا يضم الحاكم وكيلاً له بغير أمره . وفارق ما لو مات أحد الوصيين ، حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرف ، ليكون الحاكم له النظر في حق الميت ، واليتم . ولهذا لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتم . وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين ، والآخر غائب ، وأدعى الوكالة لهما ، وأقام بينة سمعها الحاكم ، وحكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرف وحده . فإذا حضر الآخر تصرفاً معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة . لأن الحاكم سمعها لهما مرة .

فإن قيل : هذا حكم للغائب ، قلنا : يجوز تبعاً لحق الحاضر ، كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال ، كذا ههنا . وإن جحد الغائب الوكالة ، أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف . وبما ذكرناه قال أبو حنيفة ، والشافعي . ولا نعلم فيه خلافاً . وجميع التصرفات في هذا سواء . وقال أبو حنيفة : إذا وكلهما في خصومة فكُل واحد منهما الانفراد بها . ولنا : أنه لم يرض بتصرف أحدهما . أشبه البيع والشراء .

﴿ مسألة ﴾

٣٦٩٤

قال ﴿ وليس للوكيل أن بوكّل فيما وكّل فيه ، إلا أن يجعل ذلك إليه ﴾ .

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل . فلا يجوز له ذلك بغير خلاف . لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه . فلم يحز ، كما لو لم يوكله .

الثاني : أذن له في التوكيل ، فيجوز له ذلك ، لأنه عقدٌ أذن له فيه ، فكان له فعله ، كالتصرف المأذون فيه . ولا نعلم في هذين خلافاً . وإن قال له : وكلتك ، فاصنع ما شئت ، فله أن بوكّل . وقال أصحاب الشافعي : ليس له التوكيل في أحد الوجهين . لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه . وقوله : اصنع ما شئت : يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه .

ولنا : أن لفظه عامٌ فيما شاء ، فيدخل في عمومهِ التوكيل .

الثالث : أطلق الوكالة . فلا يخلو من أقسام ثلاثة :

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيئة في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة ، أو يعجز عن عمله ، لكونه لا يحسنه ، أو غير ذلك . فإنه يجوز له التوكيل فيه . لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادةً انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الإسقاط فيه .

القسم الثاني : أن يكون مما يعمل به بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله ، لكثرته ، وانتشاره . فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً . لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز التوكيل في فعل جميعه ، كما لو أذن في التوكيل بلفظه . وقال القاضي : عندي أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز للحاجة . فاختص ما دعت إليه الحاجة . بخلاف وجود إذنه . فإنه مطلق . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . القسم الثالث : ما عدا هذين القسمين . وهو ما يمكنه عمله بنفسه ، ولا يرتفع عنه . فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

أحدهما : لا يجوز . نقلها ابن منصور ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، والشافعي . لأنه لم يأذن له في التوكيل ، ولا تضمنه إذنه . فلم يجز ، كما لو نهاه . ولأنه استثنى فيما يمكنه النهوض فيه . فلم يكن له أن يوكله لمن لم يأمنه عليه ، كالوديمة .

والأخرى : يجوز . نقلها حنبل . وبه قال ابن أبي ليلى : إذا مرض ، أو غاب . لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه ، فله نيابة كالمالك . والأول أولى . ولا يشبه الوكيل المالك فإن للمالك يتصرف بنفسه في ماله كيف شاء ، بخلاف الوكيل .

(فصل)

٣٦٩٥

وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً . لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين ، فيقتد جواز التوكيل بما فيه الخط ، والنظر ، كما أن الإذن في البيع يقتد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يمين له الموكل من يوكله ، فيجوز توكيله ، وإن لم يكن أميناً . لأنه قطع نظره بيمينه . وإن وكل أميناً ، وصار خائناً فعليه عزله . لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع ، وتفريط . والوكالة تقتضي استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين ، فوجب عزله .

(فصل)

٣٦٩٦

والحكم في الوصي بوكّل فيما أوصى به إليه ، وفي الحاكم بولي القضاء في ناحية يستقرب غيره : حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية مهنا : جواز ذلك ، وهو قول

الشافعي في الوصي، لأن الوصي يتصرف بولاية، بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه، والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه. والجمع بينهما أولى، لأنه متصرف في مال غيره. بالإذن، فأشبهه الوكيل: وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية، كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضه الوكالة.

(فصل)

٣٦٩٧

فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج مولايته بغير إذنها، أبا كان أو غيره. وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الإجماع: هو كالوكيل، يخرج على الروابطين المنصوص عليهما في الوكيل، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك التوكيل إلا بإذنها. لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها، أشبهه الوكيل. ولنا: أن ولايته من غير جهتها. فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالأب، بخلاف الوكيل. ولأنه متصرف يحكم الولاية الشرعية، أشبه الحاكم، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره، بغير إذن النساء. فكذلك الولي، وما ذكره يبطل بالحكم، والذي يعتبر إذنها فيه: هو غير ما يوكل فيه. بدليل أن الوكيل لا يستغنى عن إذنها له في التزويج أيضاً. فهو كالوكيل في ذلك.

(فصل)

٣٦٩٨

إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل، كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل، لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول، ولا عزله. ولا يملك الأول عزل الثاني. لأنه ليس بوكيله. وإن أذن له أن يوكل نفسه جاز. وكان وكيلاً للموكل ينعزل بموته، وعزله إياه. وإن مات الموكل، أو عزل الأول انعزلاً جليماً. لأنهما فرعان له، لكن أحدهما فرع للآخر، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما. وإن وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقاً، بل وجد عرفاً، أو على الرواية التي أجزأنا له التوكيل من غير إذن. فالثاني وكيل الوكيل الأول، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل نفسه.

(فصل)

٣٦٩٩

إذا وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل لإقراره على موكله بقبض الحق، ولا غيره. وبه قال مالك، والشافعي، وابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة، ومحمد: يقبل لإقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص. وقال أبو يوسف: يقبل لإقراره في مجلس الحكم، وغيره. ولأن الإقرار أحد جوابي الدعوى، فصح من الوكيل، كالإنكار.

ولنا: أن الإقرار معنى يقطع الخصومة، وبإقرارها. فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء، وفارق الإنكار. فإنه لا يقطع الخصومة، ويملكه في الحدود والقصاص، وفي غير مجلس الحاكم، ولأن الوكيل

لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار . فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار ، فافترقا ، ولا يملك المصالحة عن الحق ، ولا الإبراء منه ، بغير خلاف نعلمه ، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يملك قبضه . لأن المقصود من التثبيت قبضه ، وتحصيله .

ولنا : أن القبض لا يتناول الإذن نطقاً ، ولا عرفاً . إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه . وإن وكله في قبض حق ، فليجحد من عليه الحق كان وكيلًا في تثبيته عليه ، في أحد الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة . والآخر : ليس له ذلك . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنهما معنيان مختلفان . فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلًا في الآخر ، كما لا يكون وكيلًا في القبض بالتوكيل في الخصومة .

ووجه الأول : أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذا فيه عرفاً . ولأن القبض لا يتم إلا به ، فملكه ، كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه ، أو في بيع شيء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالمًا بجحد من عليه الحق ، أو مطلقه ، كان توكيلًا في تثبيته ، والخصومة فيه ، لعله بوقوف القبض عليه . وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلًا فيه ، لعدم علمه بوقوف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عينًا أو دينًا . وقال بعض أصحاب أبي حنيفة إن وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها ، لأنه وكيل في نقائها ، أشبه الوكيل في نقل الزوجة .

ولنا : أنه وكيل في قبض حق ، فأشبهه الوكيل في قبض الدين ، وما ذكره يبطل بالتوكيل في قبض الدين ، فإنه وكيل في قبضه ، ونقله إليه .

(فصل)

٣٧٠٠

وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضى التسليم ، لكونه من تمامه ، ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : بملكه .

ولنا : أن الإبراء ليس من البيع ، ولا من تملكه ، فلا يكون التوكيل في البيع توكيلًا فيه ، كالإبراء من غير ثمنه ، وأما قبض الثمن ، فقال القاضي ، وأبو الخطاب : لا يمكن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا : إن تعدد قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ، ويحتمل أن يملك قبض الثمن ، لأنه موجب البيع ، فملكه الوكيل فيه ، كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع ، إلا بقبض الثمن ، أو حضوره ، وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه ، والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل ، أو موضع بضائع الثمن بترك قبض الوكيل له ، كان إذا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان

ضامناً له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه ، فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يمدّ من فعل ذلك مُضَيِّعاً مُفَرِّطاً ، وإن لم تدلّ القرينة على ذلك لم يكن له قبضه .

(فصل)

٣٧٠١

وإن وكلّه في بيع شيء ، أو طلب الشفعة ، أو قَسَمَ شيء ففيه وجهان : أحدهما : يملك تهيئته ، وهو قول أبي حنيفة في القسمة ، وطلب الشفعة ، لأبّه لا يتوصّل إلى ما وكلّه فيه إلا بالتهيئة .

والثاني : لا يملكه . وهو قول بعض أصحاب الشافعي . لأنه يمكن أحدهما دون الآخر . فلم يتضمّن الإذن في أحدهما الإذن في الآخر .

(فصل)

٣٧٠٢

وإن وكلّه في شراء شيء ملك تسليم ثمنه ، لأنه من تتمّته ، وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع في البيع . والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فإن اشترى عبداً ، ونقد ثمنه ، فخرج العبدُ مستحقّاً . فهل يملك أن يخاضع البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فإن اشترى شيئاً ، وقبضه ، وأخر تسليم الثمن لغير عُذْرٍ ، فملك في يده ، فهو ضامن له . وإن كان له عُذر . مثل أن ذهب ليقبضه ، فهلك ، أو نحو ذلك فلا ضمان عليه ، نصّ عليه أحد . لأنه مُفَرِّط في إيساكه ، كما في الصورة الأولى دون الثانية ، فلذلك لزمه الضمان ، بخلاف ما إذا لم يقرط .

(فصل)

٣٧٠٣

وإذا وكلّه في قبض دين من رجل ، فمات ، نظرت في لفظه : فإن قال : اقبض حقّي من فلان لم يكن له قبضه من ورائه ، لأنه لم يؤمر بذلك . وإن قال : اقبض حقّي الذي قبّل فلان ، أو على فلان ، فله مطالبة وارثه ، والقبض : لأن قبضه من الوارث قبضٌ للحقّ الذي على مَوْرُوثه . فإن قيل : فلو قال : اقبض حقّي من زيد ، فوكلّ زيداً إنساناً في الدفع إليه ، كان له القبض منه ، والوارث نائب الموروث ، فهو كوكيله .

قلنا : إن الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه ، لأنه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك ههنا ، فإن الحقّ انتقل إلى الورثة ، فاستحقّت المطالبة عليهم ، لا بطريق النيابة عن الموروث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حتّى يفعل وكيله له ، ولا يحثّ بفعل وارثه .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٠٤

قال : ﴿ وإذا باع الوكيل ، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعدّد فلا ضمان هليه ، فإن اتهم حلف ﴾

إذا اختلف الوكيل ، والموكل لم يخلُ من ستة أحوال :

أحدها : أن يختلفا في التلف ، فيقول الوكيل : تلف مالك في يدي ، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي ، فيكذبه الموكل ، فاقول قول الوكيل مع يمينه . لأنه أمين ، وهذا مما يتعذر إقامة البيّنة عليه ، فلا يكلف ذلك ، كالودع ، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة ، كالأب ، والوصى ، وأمين الحاكم ، والودع ، والشريك ، والمضارب ، والمرتهن ، والمستأجر ، والأجير المشترك . وإما كان كذلك ، لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر . قال القاضي : إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر ، كالخريق ، والنهب ، وشبههما ، فعليه إقامة البيّنة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ، ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك ، وهذا قول الشافعي . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تعذر إقامة البيّنة عليه .

الحال الثانية : أن يختلفا في تعدّي الوكيل ، أو تفريطه في الحفظ ، ومخالفته أمر موكله ، مثل أن يدعى عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها ، أو حملت عليها شيئاً لنفسك ، أو فرطت في حفظها ، أو ابست الثوب ، أو أمرتك بردّ المال ، فلم تفعل ، ونحو ذلك . فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه . لما ذكرنا في الذي قبله . ولأنه منكر لما يدعى عليه ، والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعدّيه . إما لقبول قوله ، وإما بإقرار موكله ، أو بيّنة فلا ضمان عليه ، وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه ، أو بابعه . وقبض ثمنه ، فتلف الثمن . وسواء كان بمجمل ، أو بغير مجمل ، لأنه نائب المالك في اليد ، والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك ، وجرى مجرى الودع ، والمضارب ، وشبههما ، وإن تعدّى ، أو فرط ضمن ، وكذلك سائر الأمانة ، ولو باع الوكيل سلعة ، وقبض ثمنها ، فتلف من غير تعدّد ، واستحقّ المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل . لأن المبيع له ، فالرجوع بالمعده عليه ، كما لو باع بنفسه .

الحال الثالثة : أن يختلفا في التصرف ، فيقول الوكيل : بعت الثوب ، وقبضت الثمن ، فتلف فيقول الموكل : لم تبع ، ولم تقبض ، أو يقول : بعت ولم تقبض شيئاً . فالقول قول الوكيل ، ذكره ابن حامد . وهو قول أصحاب الرأي ، لأنه يملك البيع ، والقبض ، فيقبل قوله فيهما ، كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ، ويحتمل ألا يقبل قوله ، وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي ، لأنه يُقرّ بحق لغيره على موكله ، فلم يقبل ، كما لو أقرّ بدين عليه ، وإن وكل في شراء عبد ، فاشتراه ، واختلفا في قدر ما اشتراه به ، فقال : اشتريته بألف ، وقال : بل اشتريته بمئتين ، فالقول قول الوكيل . لما ذكرناه وقال القاضي : القول قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادّعاء ، فقال : اشتري عبداً بألف ،

فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك ، فالقول قول الوكيل إذا ، وإلا فالقول قول الموكل . لأن من كان القول قوله في أصل شيء ، كان القول قوله في صفته . وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشراء في الذمة ، فالقول قول الموكل ، لأنه غارم ، مطالب بالثمن ، وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل ، لسكونه الغارم ، فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة .

ولنا : أنهما اختلفا في تصرف الوكيل ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في البيع . ولأنه أمين في الشراء ، فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري ، كالمضارب ، وكما لو قال له : اشتر بألف عند القاضي .

الحال الرابعة : أن يختلفا في الرد ، فيدعيه الوكيل ، فينكره الموكل ، فإن كان بغير جمل فالقول قول الوكيل . لأنه قبض المال لنفع ماله ، فكان القول قوله ، كالودع . وإن كان بجمل فقيه وجهان :

أحدهما : أن القول قوله . لأنه وكيل ، فكان القول قوله ، كالأول .

والثاني : لا يقبل قوله . لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالستعير ، وسواء اختلفا في رد المين أو رد ثمنها .

وجملة الأمانة على ضربين :

أحدهما : من قبض المال لنفع ماله لا غير . كالودع ، والوكيل بغير جمل ، فقبل قولهم في الرد . لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات . فيلحق الناس الضرر .

الثاني : من ينتفع بقبض الأمانة ، كالوكيل بجمل ، والمضارب والأجير المشترك ، والمستأجر ، والمرتهن ، فقيهم وجهان . ذكرهما أبو الخطاب . وقال القاضي : لا يقبل قول المرتهن والمستأجر ، والمضارب في الرد : لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور . ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد . ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببيّنة ، أو اعترف ، فادعى الرد أو التلف ، لم يقبل قوله . لأن خيانتة قد ثبت بحجده . فإن أقام بيّنة بما ادّعاه من الرد أو التلف ، فهل تقبل بيّنته ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تقبل . لأنه كذبها بحجده . فإن قوله : ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئا .

والثاني : تقبل . لأنه يدعى الرد ، والتلف قبل وجود خيانتة . وإن كان جعوده : أنك لا تستحق على شيئا ، أو مالك عندي شيء ، سمع قوله مع يمينه . لأن جوابه لا يكذب ذلك . فإنه إذا كان قد تلف ،

أورد فليس له عنده شيء . فلا تنافي بين القولين ، إلا أن يدعى أنه ردّه ، أو تلف بعد قوله : مالك عندي شيء . فلا يُسمع قوله أيضاً . لثبوت كذبه ، وخيائته .

الحال الخامس : إذا اختلفا في أصل الوكالة ، فقال : وكلتني . فأنكر الموكل . فالقول قول الموكل . لأن الأصل عدم الوكالة . فلم يثبت أنه أمينه ، ليقبل قوله عليه . ولو قال : وكلتك ، ودفعتُ إليك مالا . فأنكر الوكيل ذلك كله ، أو اعترف بالتوكيل ، وأنكر دفع المال إليه . فالقول قوله لذلك . ولو قال رجل لآخر : وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصدّق كذا . ففعلتُ ، وادّعت المرأة ذلك ، فأنكر الموكل . فالقول قوله . نصّ عليه أحمد فقال : إن أقام البيّنة ، وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح . قال أحمد : ولا يستحلف . قال القاضي : لأن الوكيل يدعى حقاً لغيره . فأما إن ادّعت المرأة ، فينبغي أن يستحلف . لأنها تدعى الصداق في ذمته ، فإذا حلف لم يلزمه الصداق . ولم يلزم الوكيل منه شيء ، لأن دعوى المرأة على الموكل ، وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ، ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد : أن الوكيل يلزمه نصف الصداق . لأن الوكيل في الشراء ضامن للثمن ، وللبائع مطالبة به . كذا همنا . والأول أولى . لما ذكرناه . ويُفارق الشراء . لأن الثمن مقصود البائع ، والعادة تمجيله ، وأخذه من المتولّى للشراء . والنكاح يُخالقه في هذا كله . ولكن إن كان الوكيل ضمين المهر ، فلها الرجوع عليه بنصفه . لأنه ضمينه عن الموكل وهو مقرّ بأنه في ذمته . وهذا قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال محمد بن الحسن : يلزم الوكيل جميع الصداق . لأن التفرقة لم تقع بإنكاره فيكون ثابتاً في الباطن ، فيجبُ جميع الصداق .

وانما : أنه يملك الطلاق ، فإذا أنكر فقد أقرّ بتحريمها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرّم به . قال أحمد : ولا تزوّج المرأة حتى يُطلق ، لعلّه يكون كاذباً في إنكاره ، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها ، لأنها معترفة بأنها زوجة له ، فيؤخذ بإقرارها ، وإنكاره ليس بطلاق ، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه ، لأنه لم يثبت في حقه نكاح ، ولو ثبت لم يكف الطلاق ، ويحتمل أن يكفّه لإزالة الاحتمال ، وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه ، فأشبهه النكاح الفاسد ، ولو ادّعى أن فلانة الغائب وكّله في تزوّج امرأة ، فتزوّجها له ، ثم مات الغائب لم ترثه المرأة ، إلا أن يُصدّقه الورثة ، أو يثبت بيّنة ، وإن أقرّ الموكل بالتوكيل في التزويج ، وأنكر أن يكون الوكيل تزوّج له ، فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل ، والقول قول الوكيل فيه ، فيثبت التزويج همنا ، وقال القاضي : لا يثبت ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لا تتمّ إقامة البيّنة عليه ، لكونه لا ينعقد إلاّ بها ، وذكر أن أحمد نصّ عليه ، وأشار إلى نصّه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها .

ولنا : أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به ، فكان القول قوله ، كما لو وكله في بيع ثوب ، وادّعى أنه باعه ، أو في شراء عبد بألف ، فادّعى أنه اشتراه به ، وما ذكره القاضي من نصّ أحد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنصّ ههنا ، لاختلاف أحكام الصورتين ، وتباينهما ، فلا يكون النصّ في إحداها نصّا في الأخرى ، وما ذكره من المعنى لا أصل له ، فلا يُعوّل عليه ، ولو غاب رجل ، فجاء آخر إلى امرأته ، فذكر أن زوجها طلّقها ، وأبأنها ، وكلّه في تجديد نكاحها بألف ، فأذنت في نكاحها ، فمقد عليها ، وضمن الوكيل الألف ، ثم جاء زوجها ، فأنكر هذا كله ، فالقول قوؤه ، والنكاح الأول بحاله ، وقياس ما ذكرناه : أن المرأة إن صدقت الوكيل لزمه الألف ، إلا أن يُبينها زوجها قبل دخول الثاني بها ، وحكي ذلك عن مالك ، وزفر ، وحكي عن أبي حنيفة ، والشافعي : أنه لا يلزم الضامن شيء ، لأنه فرع عن المضمون عنه ، ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه .

ولنا : أن الوكيل مقرّ بأن الحقّ في ذمة المضمون عنه ، وأنه ضامن عنه فلزمه ما أقرّ به ، كما لو ادّعى على رجل أنه ضمن له ألفاً على أجنبيّ ، فأقرّ الضامن بالضمان ، وصحّته ، وثبوت الحقّ في ذمة المضمون عنه ، وكما لو ادّعى شفعة على إنسان في شئ نصّ اشتراه ، فقرّ البائع بالبيع ، فأنكره المشتري ، فإن الشفيع يستحقّ الشفعة في أصحّ الوجهين ، وإن لم تدّع المرأة صحّة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه . ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ، ومن أوجب له أوجب في الصورة الأخرى ، فلا يكون فيها اختلاف ، والله أعلم .

الحال السادس : أن يختلفا في صفة الوكالة ، فيقول : وكلّتك في بيع هذا العبد قال : بل وكلّنتي في بيع هذه الجارية ، أو قال : وكلّتك في البيع بألفين ، قال : بل بألف ، أو قال : وكلّتك في بيعه نقداً ، قال : بل نسيئةً ، أو قال : وكلّتك في شراء عبد ، قال : بل في شراء أمة ، أو قال : وكلّتك في الشراء بخمسة ، قال : بل بعشرة . فقال القاضي : القول قول الموكل . وهو مذهب الشافعيّ ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر وقال أبو الخطاب : إذا قال : أذنت لك في البيع نقداً ، وفي الشراء بخمسة ، قال : بل أذنت لي في البيع نسيئةً ، وفي الشراء بعشرة ، القول قول الوكيل نصّ عليه أحد في المضاربة . لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالتخياط إذا قال : أذنت لي في تفصيله قباء . قال : بل قيصاً . وحكي عن مالك إن أدركت السلعة ، فالقول قول الموكل . وإن فاتت فالقول قول الوكيل . لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان . والأصل عدمه ، بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الأول أصحّ لوجهين .

أحدهما : أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدّعيه الوكيل . والأصل عدمه ، فكان القول قول من ينفيه ، كما لو لم يقرّ الموكل بتوكيله في غيره .

والثاني : أنهما اختلفا في صفة قول الموكل ، فكان القول قوله في صفة كلامه ، كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فعلى هذا إذا قال : اشتريت لك هذه الجارية بإذنك ، قال : ما أذنت لك إلا في شراء غيرها ، أو قال : اشتريتها لك بأنفين ، فقال : ما أذنت لك في شرائها إلا بألف . فالقول قول الموكل ، وعليه اليمين ، فإذا حلف برى من الشراء . ثم لا يخلو : إما أن يكون الشراء بعين المال ، أو في الذمة . فإذا كان بعين المال فالبيع باطل ، وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك . وإن كذب به في أن الشراء لغيره ، أو بمال غيره بغير إذنه ، فالقول قول البائع . لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان له ، فإن ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله . لأنه يخاف على نفي فعل غيره . فكانت يمينه على نفي العلم . فإذا حلف أمضى البيع ، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ، ودفع الثمن إلى البائع . وتبقى الجارية في يده ، ولا تحمل له ، لأنه لا يخلو من أن يكون صادقا ، فتكون الموكل ، أو كاذبا فتكون للبائع . فإذا أراد استحلها اشتراها ممن هي له في الباطن ، فإن امتنع من بيعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ، ليبيعه إياها ، ليثبت الملك له ظاهرا ، وباطنا . ويصير ما ثبت له في ذمته مئنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظمنا . فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه . لأنه عقد مراضاة . وإن قال : إن كانت الجارية لي فقد بعته ، أو قال الموكل : إن كنت أذنت لك في شرائها بأنفين فقد بعته ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح . وهو قول القاضي ، وبعض الشافعية . لأنه بيع معلق على شرط .

والثاني ، يصح . لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده . فلا يضر جعله شرطا ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارية جاريتي فقد بعته . وكذا كل شرط علما وجوده . فإنه لا يوجب وقوف البيع ، ولا شكاً فيه . فأما إن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ، ولزم الوكيل في الظاهر . فأما في الباطن فإن كان الوكيل كاذبا في دعواه الجارية له لأنه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره وإن كان صادقا فالجارية لموكله . فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه ، كما ذكرنا . وكل موضع كانت للموكل في الباطن ، فامتنع من بيعها للوكيل ، فقد حصلت في يد الوكيل ، وهي الموكل ، وفي ذمته ، للوكيل ثمنها . فأقرب الوجوه : أن يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها . فإن كانت للوكيل فقد أذن في بيعها . وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع الدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا . وهذا أقرب إن شاء الله تعالى . وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز . لأنه قائم مقام الموكل في هذا ، فأشبه ما لو اشترى منه .

(فصل)

٣٧٠٥

ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة ، فقال الموكل : ما أذنت في بيعه إلا نقداً ، وصدقه الوكيل ، والمشتري فسد البيع . وله مطالبة من شاء منهما بالعبد ، إن كان باقيا ، أو بقيمته إن كان نالفا . فإن أخذ

القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها . لأن التلف في يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن أخذها من المشتري لم يرجع على أحد . وإن كذّبه وادّعى أنه أذن في البيع نسيئةً فعلى قول القاضى . يحلف الموكل ، ويرجع في العين ، إن كانت قائمة . وإن كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما . فإن رجع على المشتري رجع الوكيل بالثمن الذى أخذه منه لا غير ، لأنه لم يسلم له المبيع . وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال ، لأنه يقر بصحة البيع ، وتأجيل الثمن . وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه ، وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الأجل . فإذا حلّ الأجل رجع الوكيل على المشتري بأقلّ الأمرين من القيمة ، أو الثمن المسمى . لأن القيمة إن كانت أقلّ مما غرم أكثر منها ، فلا يرجع بأكثر مما غرم . وإن كان الثمن أولّ فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحقّ عليه أكثر منه . وأن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن ، فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل . وإن كذّبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ، ويحلف على المكذب ، ويرجع على حسب ما ذكرنا . هذا إن اعترف المشتري بأن الوكيل وكيل في البيع . وإن أنكر ذلك ، وقال : إنما بمعنى مِلْكِكَ فالقول قوله مع يمينه : أنه لا يعلم كونه وكيلًا . ولا يرجع عليه بشيء .

(فصل — ل)

٣٧٠٦

وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيرها . لأنه رضى بكونه في يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه ، فأخّر ردّه مع إمكانه ، فتلف ضمنه . وإن وعده برده ، ثم ادّعى أنني كنت ردّته قبل طلبه ، أو أنه كان تلف لم يقبل قوله . لأنه مكذب لنفسه بوعده برده . فإن صدّقه الموكل برى . وإن كذّبه فالقول قول الموكل . فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل ؟ على وجهين :

أحدهما : يقبل . لأنه لو صدّقه الموكل برى . فكذلك إذا قامت له بينة ، ولأن البينة إحدى الحجتين ، فبرى بها ، كالأقرار .

والثاني : لا يقبل . لأنه كذّبه بوعده بالدفاع ، أما إذا صدّقه فقد أقرّ ببراءته ، فلم يبق له منازع . وإن لم يمهده برده لسكن منعه ، أو مطلّ به برده ، مع إمكانه ، ثم ادّعى التلف ، أو الردّ لم يقبل قوله . لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة ، وإن أقام بما ادّعاه من الردّ ، أو التلف بينة سمعت ، لأنه لم يكذبها .

(فصل — ل)

٣٧٠٧

قال أحمد في رواية أبي الحارث ، في رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولاً يقبضها ، فبعث إليه

مع الرسول ديناراً ، فضاع مع الرسول : فهو من مال الباعث . لأنه لم يأمره بمصارفته : إنما كان من ضمان الباعث . لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل . فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته ، وهي الدراهم ، ولم يدفعها . وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم . وهذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين ، وإذنه ، ولم يأذن ، فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته . إلى صاحب الدين ، ومصارفته به ، فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه ، اللهم إلا أن يُخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم ، فيكون حينئذٍ من ضمان الرسول . لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل المرسل ، وإن قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها ، فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين ، لأنها تلفت من يد وكيله . وقال أحمد في رواية مهنأ في رجل له عند آخر دنانير ، وثياب ، فبعث إليه رسولا . وقال : خذ ديناراً ، وثوباً ، فأخذ دينارين ، وثوبين ، فضاعت . فالضمان على الباعث ، يعنى الذى أعطاه الدينارين ، والثوبين ، ويرجع به على الرسول ، يعنى عليه ضمان الدينار ، والثوب الزائدين : إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ، ورجع بهما على الرسول ، لأنه غره ، وحصل التلف في يده . فاستقر عليه الضمان . وللموكل تضمين الوكيل . لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه . فإذا ضمه لم يرجع على أحد ، لأن التلف حصل في يده ، فاستقر الضمان عليه . وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه ، وغاب ، فأخذ الوكيل به رهناً ، فتلف الرهن في يد الوكيل فقال : أساء الوكيل في أخذ الرهن ، ولا ضمان عليه . إنما يضمنه لأنه رهن فاسد . والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح ، فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده ، وما كان غير مضمون في صحيحه كان مضموناً في فاسده . ونقل البغوى عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري لها شاة ، فخلطها مع دراهمه ، فضاها ، فلا شيء عليه ، وإن ضاع أحدهما ، أيهما ضاع غريمه . قال القاضي : هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها . ويحتمل أنه إن أذن له في خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها ، كالوديعة ، وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل . والأصل بقاؤها . ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه ، فأما على الحمل الآخر ، وهو إذا خلطها بما تميز منه . فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه ، لأنها ضاعت من غير تعدى منه .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٠٨

قال ﴿ ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالاً ، فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر الآخر إلا ببينة ﴾ وجهته : أن الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ، ودفع إليه مالاً ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ، ودفع المال إلى الغريم . لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة . لأنه ليس بأمينه . فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه ، كما لو ادعى الموكل ذلك . فإذا حان الغريم فله مطالبة الموكل . لأن ذمته لا تنبرأ بدفع المال إلى (م ١١ - الفنى - خامس)

وكيله . فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله ؟ يُنظر ، فإن ادعى أنه قضى الدين بغير يئنة فلاموكل الرجوع عليه ، إذا قضاء في غيبة الموكل . قال القاضي : سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه ، وهذا قول الشافعي . لأنه أذن له في قضاء يبرئه ، ولم يوجد ، وعن أحد رواية أخرى : لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالأشهاد ، فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية : إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء ، وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وهذا قول أبي حنيفة ، ووجه لأصحاب الشافعي ، لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله . فكان القول قوله ، كما لو أمره ببيع ثوبه ، فادعى أنه باعه . ووجه الأول : أنه مفرط بترك الإشهاد ، فضمن ، كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل .

فإن قيل : فلم يأمره بالإشهاد . قلنا : إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك . لأنه لا يثبت إلا به ، فيصير كأمره بالبيع ، والشراء ، يقتضي ذلك العرف ، لا العموم . كذا همنا . وقياس القول الآخر : يمكن القول بوجبه . وأن قوله مقبول في القضاء ، لكن لزمه الضمان لتفريطه لردّ قوله . وعلى هذا : لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً ، لأن تركه الأشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل . وكيله . وكذلك لو أذن له في القضاء بغير إشهاد ، فلا ضمان على الوكيل . لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال ، وكذلك إن أشهد على القضاء عدولاً ، فماتوا ، أو غابوا ، فلا ضمان عليه لعدم تفريطه . وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد ، أو رجلاً وامرأتين ، فهل يبرأ من الضمان ؟ يخرج على روايتين . وإن اختلف الوكيل ، والموكل ، فقَالَ : قضيت الدين بحضرتك : قال : بل في غيبتى ، أو قال : أذنت لي في قضائه بغير يئنة ، فأنكر الإذن ، أو قال : أشهدت على القضاء شهوداً ، فماتوا ، فأنكر الموكل . فالقول قول الموكل لأن الأصل معه .

(فصل)

٣٧٠٩

وإن وكله في إيداع ماله ، فأودعه ، ولم يشهد . فقال أصحابنا : لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الخرق يقتضي أن لا يقبل قوله على الأمر ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن الودعة لا تثبت إلا باليئنة ، فهي كالدين ، وقال أصحابنا : لا يصح القياس على الدين . لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك ، فلا فائدة في الاستيثاق . بخلاف الدين . فإن قال الوكيل : دفعت المال إلى المودع ، فقال : لم تدفعه ، فالقول قول الوكيل ، لأنهما اختلفا في تصرفه ، وفيما وكل فيه . فكان القول قوله فيه .

(فصل)

٣٧١٠

وإذا كان على رجل دين ، وعنده وديعة ، فجاءه إنسان ، فادعى أنه وكيل صاحب الدين ، والوديعة في

قبضهما ، وأقام بذلك بيئته . وجب الدفع إليه . وإن لم يقيم بيئته لم يلزمه دفعهما إليه ، سواء صدقه في أنه وكيله ، أو كذبه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن صدقه لزمه . وفاء الدين ، وفي دفع العين إليه روايتان . أشهرهما : لا يجب تسليمها . واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء . فلزمه إيقاؤه ، كما لو أقر له أنه وارثه .

ولمّا : أنه تسليم لا يُبرّئه . فلا يجب ، كما لو كان الحق عينا . وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير ، وفارق الإقرار بكونه وارثه . لأنه يتضمن براءته ، فإنه أقر بأنه لا حق لسواه ، فأما إن أنكر وكالته لم يستحلف . وقال أبو حنيفة : يستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق . فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب ، كسائر الحقوق ومن ، لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال : لا يلزمه اليمين عند التكذيب ، لعدم فائدتها ، فإن دفع إليه مع التصديق ، أو مع عدمه ، فحضر الموكل ، وصدق الوكيل برىء الدافع . وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه . فإذا حلف ، وكان الحق عينا قائمًا في يد الوكيل فله أخذها ، وله مطالبة من شاء بردها . لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها ، والوكيل عين ماله في يده : فإن طالب الدافع فلدافع مطالبة الوكيل بها ، وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين ، أو تعذر ردّها فلصاحبها الرجوع ببطلانها على من شاء منهما . لأن الدافع ضمنها بالدفع ، والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قبضه ، وأتبعها ضمن لم يرجع على الآخر . لأن كل واحد منهما يدعى أن ما يأخذه المالك ظلم . ويقرّ بأنه لم يوجد من صاحبه تعدي . فلا يرجع على صاحبه يظلم غيره ، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة . فإن ضمن رجوع على الوكيل لكونه لم يقرّ بوكالته ، ولا ثبتت بيئته . وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه . وإن صدقه لكن الوكيل تعدّى فيها ، أو فرط استقرّ الضمان عليه . فإن ضمن لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الدافع رجوع عليه . لأنه وإن كان يقرّ أنه قبضه قبضاً صحيحاً ، اسكن لزمه الضمان بتعريضه ، وتعدّيه ، والدافع يقول : ظلمني المالك بالرجوع عليّ ، وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل ، فيأخذه يستوفي حقه منه ، فأما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده . لأن حقه في ذمّة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق ، والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق ، والوكيل ، والدافع يزعمان أنه صار مسلماً لصاحب الحق ، وأنه ظالم بالأخذ منه . فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل . ويكون قصاصاً ممّا أخذه منه صاحب الحق ، وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء . لأنه مقرّ بأنه أمين ، لا ضمان عليه ، إلا أن يتلف بتعدّيه . وتفريطه ، فيرجع عليه .

٣٧١١

(فصل)

فإن جاء رجل فقال : أنا وارث صاحب الحق ، فإن أنكره لزمته اليمين : أنه لا يعلم صحة ما قال . لأن اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم . لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه . فلما لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار . وإن صدقه في أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع إليه بغير خلاف نعلمه لأنه مقر له بالحق ، وأنه يبرأ بهذا الدفع ، فلزمه ، كالمودع ، كالمودع ، فأما إن جاء رجل ، فقال : قد أحاطني عليك صاحب الحق ، فصدقه ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه الدفع إليه . لأن الدفع إليه غير مبرىء ، ولا احتمال أن يجيء المحيل ، فينكر الحوالة ، أو يضمه ، فأشبه المدعى للوكالة .

والثاني : يلزمه الدفع إليه . لأنه معترف بأن الحق له ، لا لغيره . فأشبه الوارث .

فإن قلنا : يلزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، وإن قلنا : لا يلزمه الدفع مع الإقرار لم يلزمه اليمين مع الإنكار ، لعدم الفائدة فيها . ومثل هذا مذهب الشافعي .

٣٧١٢

(فصل)

ومن طلب منه حق ، فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت . فإن كان الحق عليه بغير بيينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد ، لأنه لا ضرر عليه في ذلك . فإنه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق على شيء ، والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحق ثبت بيينة ، وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد ، كالمودع ، والوكيل بغير جعل ، فكذلك ، لأنه متى ادعى عليه حق ، أو قامت به بيينة ، فالقول قوله في الرد ، وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد ، أو يختلف في قبول قوله ، كالفاسد ، والمستعير ، والمترهن ، لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالاشهاد ، لئلا ينكر القابض القبض ، ولا يقبل قول الدافع في الرد . وإن قال : لا يستحق على شيئاً قامت عليه البيينة ، أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق ، إلى من عليه الحق . لأن بينة القبض تسقط البيينة الأولى ، والكتاب ملكه . فلا يلزمه تسليمه إلى غيره .

٣٧١٣

﴿مسألة﴾

قال ﴿وشراء الوكيل من نفسه غير جائز ، وكذلك الوصي﴾ .

وجملة ذلك : أن من وكل في بيع شيء لم يجوز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين ، نقلها مهنا . وهو مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وكذلك الوصي لا يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين . وهو مذهب الشافعي ، وحسكي عن مالك ، والأوزاعي جواز ذلك فيهما .

والرواية الثانية : عن أحمد : يجوز لها أن يشتري بشرطين :
أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء .

والثاني : أن يتولّى النداء غيره . قال القاضي : يحتمل أن يكون اشتراط تولّى غيره النداء واجبا .
ويحتمل أن يكون مستحبا . والأول أشبه بظاهر كلامه . وقال أبو الخطّاب : الشرط الثاني : أن يولّى
من يبيع ، ويكون هو أحد المشتريين .

فإن قيل : فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعهما ، وهذا توكيل ، وليس للتوكيل التوكيل ؟
قلنا : يجوز التوكيل فيما لا يتولّى مثله بنفسه ، والنداء مما لم تجزِ العادة أن يتولاه أكثر الناس
بنفوسهم ، وإن وكل إنسانا يشتري له ، وباعه هو جاز على هذه الرواية . لأنه امتثل أمر موكله في البيع ،
وحصل غرضه من الثمن . فجاز ، كما لو اشتراها أجنبي . وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : يجوز للوصى الشراء
دون الوكيل ، لأن الله تعالى قال (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) وإذا اشترى مال اليتيم
بأكثر من ثمن مثله فقد قرّبه بالتي هي أحسن ، ولأنه نائب عن الأب ، وذلك جائز للأب ،
فكذلك لذاته .

ووجه الرواية الأولى : أن المرف في البيع بيع الرجل من غيره ، فعمات الوكالة عليه كما لو صرح به ،
فقال : بعه غيرك . ولأنه تلحق التهمة ، وبغنا في الفرضان في بيعه نفسه ، فلم يجوز ، كالونهاء . والوصى
كالتوكيل ، لا يلي بيع مال غيره يتولّيه . فأشبهه الوكيل ، أو متهم ، فأشبهه الوكيل ، بل التهمة في الوصى
أكد من الوكيل ، لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غيره ، والوصى يتهم في ذلك ، وفي أنه
يشتري من مال اليتيم ما لاحظ لليتيم في بيعه . فكان أولى بالمنع ، وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قريبا
له بالتي هي أحسن . وقد روى عن ابن مسعود : أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته ، وقد ترك
فرسا ، فقال الوصى : اشتريه ؟ قال : لا .

(فصل)

٣٧١٤

والحكم في الحاكم ، وأمينه ، كالحكم في الوكيل ، والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله ، أو ولده
الصغير ، أو الطفل بلى عليه أو لوكيله ، أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه . كل ذلك يخرج على
روايتين ، بناء على بيعه لنفسه ، أما بيعه لولده الكبير ، أو والده أو مكانه ، فذكرهم أصحابنا أيضا
في جملة ما يخرج على روايتين ، ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه لولده الكبير
لأنه امتثل أمر موكله ، ووافق المرف في بيع غيره . فصح ، كما لو باعه لأخيه ، وفارق البيع لوكيله ،
لأن الشراء إنما يقع لنفسه ، وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل بلى عليه بيع لنفسه . لأنه هو المشتري

له ، ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ، ويميل إلى ترك الاستنصاء عليهم في الثمن ، كنهمة في حق نفسه . وكذلك لا تقبل شهادته ، والحكم فيما أراد أن يشتري لموكله كالحكم في بيعه لماله ، لأنها سواء في المغنى .

(فصل)

٣٧١٥

وإن وكل رجلاً يتزوج له امرأة . فهل له أن يزوجه ابنته : يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع ، هل يبيع لولده ؟ وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز ، ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها . وإن أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان ، بناء على ما ذكره في البيع ، وكذلك إن وكل رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك .

(فصل)

٣٧١٦

وإن وكل رجل في بيع عبده ، ووكله آخر في شراء عبد . فقياس المذهب : أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه . لأنه أذن له في طرفي العقد . فجاز له أن يلبسها إذا كان غير منهم ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه ، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عهما ، فانقياس جوازه . لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما . والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة هل واحد منهما . ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان .

(فصل)

٣٧١٧

وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : لا يجوز . لأنه يجتمع له في عقده غرضان : الاسترخاء لنفسه ، والاستقصاء للموكل . وهما متضادان ، فمأخوذ . ولنا : أنه وكل في التصرف لنفسه ، فجاز ، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها . ولأن علّة المنع هي من المشتري لنفسه ، في محل لانفاق التهمة ، لدلالتهما على عدم رضى الموكل بهذا التصرف ، وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه ، وإذنه . وقد صرح ههنا بالإذن فيها . فلا تبقى دلالة الحال مع نصّه بلفظه على خلافه . وقولهم : إنه بتضاد مقصوده في البيع ، والشراء . قلنا : إن عيّن الموكل له الثمن ، فاشترى به ، فقد زال مقصود الاستقصاء . وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل ، وإن لم يعين له الثمن تفيد البيع بثمن المثل ، كما لو باع الأجنبي . وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيّده وجهاً : أنه لا يجوز . فيخرج ههنا مثله . والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى .

(فصل)

٣٧١٨

إذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيّده ، أو يشتري منه عبداً آخر ، ففعل صح . وبه قال أبو حنيفة ،

وبعض الشافعية ، وقال بمضهم : لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده . فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه . ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده . وذكر أصحابنا وجهاً كذلك .

ولنا : أنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاه ، فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي . وإذا جاز أن يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه ، كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها . والوجه الذي ذكره أصحابنا لا يصح . لأن أكثر ما يقدّر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده . وقد ذكرنا صيحة توكيل السيد في الشراء ، والبيع من نفسه . فههنا أولى . فعلى هذا إذا قال العبد : اشتريت نفسي لزيد . فصدقه سيده ، وزيد صح . ولزم زيدا الثمن . وإن قال السيد : ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله ، وإفراره على نفسه بما يعتق به ، ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده . لأن زيدا لا يلزمه الثمن ، لعدم حصول العبد له ، وكون سيده لا بدعيه عليه . فلزم العبد . لأن الظاهر بمن مباشر العقد أنه له ، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه . فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى . وللسيد فسخ البيع ، واسترجاع عبده ، لتمذّر ثمنه . وإن صدقه في الوكالة ، وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي . فالقول قول العبد ، لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف للأذن فيه .

(فصل)

٣٧١٩

وإن وكل عبده في إعتاق نفسه ، أو امرأته في طلاق نفسها صح ، وإن وكل العبد في إعتاق عبيده ، والمرأة في طلاق نساءه . لم يملك العبد إعتاق نفسه ، ولا المرأة طلاق نفسها . لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى التصرف في غيره ، ويحتمل أن لها ذلك ، أخذاً من عموم لفظه . كما يجوز للوكيل في البيع البيع من نفسه ، في إحدى الروايتين ، وإن وكل غريباً له في إبراء نفسه صح . لأنه وكله في إسقاط حق عن نفسه . فأشبه توكيل العبد في إعتاق نفسه ، وإن وكله في إبراء غريمائه لم يكن له أن يبرئ نفسه ، كما لو وكله في حبس غريمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه . ويحتمل أن يملك إبراء نفسه ، لما ذكرنا من قبل ، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن . فأبرأه صح . ولا يبرأ المضمون عنه ، وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه ، أو الكفيل في إبراء المكفول عنه ، فأبرأه صح ، وبرى الوكيل ببراءته ، لأنه فرع عليه . فإذا برى الأصل برى الفرع ببراءته .

(فصل)

٣٧٢٠

وإن وكله في إخراج صدقة على المساكين ، وهو مسكين ، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم ، أو دفع إليه مالاً ، وأمره بتفريقه على من يريد ، أو دفعه إلى من شاء . فالمنصوص عن أحمد . أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً ، فإن أحمد قال : إذا كان في يده مال للمساكين ، وأبواب البر ، وهو محتاج

فلا يأكل منه شيئاً . وإنما أمره بتنفيذ . وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره .
 ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ . كالمسائل التي تقدمت . ولأن المعنى الذى حصل به
 الاستحقاق متحقق فيه ، واللفظ متناول له ، فجاز له الأخذ كغيره ، ويحتمل الرجوع فى ذلك إلى قرائن
 الأحوال : فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه ، وفى غيره ، فله الأخذ منه ، وما غلب أنه لم يرده ،
 فليس له الأخذ ، وما تساوى فيه الأمران احتمل وجهين . وهل له أن يعطيه لولده ، أو والده ،
 أو امرأته ؟ فيه وجهان .

أولها : جوازه . لدخولهم فى عموم لفظه ، ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع إليهم . فأما من تلزمه
 مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم ، كما يجوز دفع صدقة التطوع إليهم .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٢١

قال : ﴿ وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه ﴾
 بمعنى أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذى فى حجره ، ويبيع ولده من مال نفسه ، وبهذا
 قال أبو حنيفة ، والشافعى ، ومالك ، والأوزاعى : وزادوا الجد ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لا يجوز
 لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد . فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ، ولأنه لا يجوز أن يكون موجباً ،
 وقابلاً فى عقد واحد ، كما يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه .

ولنا : أن هذا يلى بنفسه ، فجاز أن يتولى طرفى العقد ، كأب يزوج ابنته عبده الصغير ، والسيد
 يزوج عبده أخته . ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعقد لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن
 ابنه ، على ما سنذكره فى موضعه . فينزّل منزلة الأجنبي . ولأن التهمة بين الأب وولده مُنتفية . إذ من
 طبعه الشفقة عليه ، والميل له ، وترك حفظ نفسه لحظة . فلذلك جاز ، وفارق الجد ، والوصى ، والحاكم ،
 وأمينه . فإن التهمة غير مُنتفية فى حقهم ، وأما تولى طرفى العقد فيجوز . بدليل الأصل الذى ذكرناه .
 ولا نسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج ابنة عمه ، بل يجوز . بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة
 فارط « أتجعلين أمركِ إلى ؟ قالت : نعم . قال : قد تزوجتُك » ولئن سلمنا ، فلأن التهمة
 غير مُنتفية ثم .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٢٢

قال : ﴿ وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل ، أو موته فباطل ﴾
 وجملة : أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فالموكل عزل وكيله متى شاء . ولو وكيل عزل نفسه ،
 لأنه أذن فى التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت

أحدهما أيهما كان ، وجنونه المطبق . ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل ، أو موته ، فهو باطل إذا علم ذلك . فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ، ولا موت الموكل . فمن أحد فيه روايتان ، وللشافعي فيه قولان . وظاهر كلام الخرقى هذا : أنه ينعزل ، علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف ، فبان أن تصرفه بعد عزله ، أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه . فلا يفتقر إلى علمه ، كالطلاق ، والعقار .

والرواية الثانية : عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل ، وعزله . نص عليه في رواية جعفر ابن محمد . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر . لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة : وربما باع الجارية ، فيطؤها المشتري ، أو الطعام فيأكله ، أو غير ذلك ، فيتصرف فيه المشتري ، ويجب ضمانه ، ويتضرر المشتري ، والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه ، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه ، لما ذكرنا . وإن عزل الوكيل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل . لأنه متصرف بأمر الموكل . فلا يصح رده أمره بغير حضرته ، كالودع في ردّ الوديعة .

ولنا : ما تقدم ، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان . فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ، ولا يكون عاصياً من غير علمه . وهذا يتضمن العزل عنه بإبطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

(فصل)

٣٧٢٣

ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف ، مثل أن يجن ، أو يحجر عليه لفسقه ، فحكمه حكم الموت . لأنه لا يملك التصرف ، فلا يملكه غيره من جهته ، قال أحمد في الشركة . إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل ، وإن حُجِر على الوكيل لفلس فلو كالة بحالها . لأنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف ، وإن حُجِر على الموكل ، وكانت الوكالة في أعيان ماله ، بطلت ، لانقطاع تصرفه في أعيان ماله . وإن كانت في الخصومة ، أو الشراء في الذمة ، أو الطلاق ، أو الخلع ، أو القصاص فلو كالة بحالها . لأن الموكل أهل لذلك ، وله أن يستنبد فيه ابتداءً ، فلا تنقطع الاستدامة . وإن فسق الوكيل لم ينعزل . لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافي الفسق ، كالإيجاب في عقد النكاح ، فإنه ينعزل بفسقه ، أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف . فإن كان وكيلاً في القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله . لأنه لا ينافي جواز قبوله . وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وإن كان وكيلًا فيما تُشترط فيه الأمانة، كوكيل وليّ اليتيم، ووليّ الوقف على المساكين، ونحو هذا انعزل بفسقه، وفسق موكله، بخروجهما بذلك عن أهليّة التصرف .
وإن كان وكيلًا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه، لأنّ الوكيل ليس له توكيلٌ فاسقٍ، ولا ينعزل بفسق موكله لأن موكله وكيلٌ لربّ المال، ولا ينافيه الفسق .
ولا تبطل الوكالة بالنوم، والسكر والإغماء لأن ذلك لا يُخرجه عن أهليّة التصرف . ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر . فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه .

٣٧٢٤

(فصل —)

ولا تبطل الوكالة بالتعدّي فيما وكل فيه، مثل أن يلبس الثوب، ويركب الدابة . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ، والوجه الثاني: تبطل الوكالة . لأنّها عقد أمانة فتبطل بالتعدّي، كالوديعة .
ولنا: أنه إذا تصرف فقد تصرف بإذن موكله، فصَحّ، كما لو لم يتمدّد، ويُفارق الوديعة من جهة أنّها أمانة مجرّدة، فنافاها التعدّي، والخيانة . والوكالة إذن في التصرف تضمّنت الأمانة، فإذا انتفت الأمانة بالتعدّي بقي الإذن بحاله، فعلى هذا: لو وكلّه في بيع ثوب، فلبسه، صار ضامنًا . فإذا باعه صحّ بيعه، وبرىء من ضمانه، لدخوله في ملك المشتري، وضمنه . فإذا قبض الثمن كان أمانةً في يده غير مضمون عليه، لأنه قبضه بإذن الموكل، ولم يتمدّد فيه . ولو دفع إليه مالاً، وكلّه في شراء شيء، فتعدّي في الثمن صار ضامنًا له . فإذا اشترى به، وسلّمه زال الضمان، وقبضه للمبيع قبض أمانة .
وإن وجد بالمبيع عيب فردّ عليه، أو وجد هو بما اشترى عيباً فردّه، وقبض الثمن كان مضموناً عليه . لأنّ العقد المزيل للضمان زال، فماد مازال عنه .

٣٧٢٥

(فصل —)

وإن وكل امرأته في بيع، أو شراء، أو غيره، ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة . لأن زاول النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة، فلا يقطع استدامتها . وإن وكل عبده، ثم أعتقه، أو باعه، لم ينعزل، لذلك، ويحتمل أن ينعزل، لأنّ توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة، إنّما هو استخدامٌ بحقّ الملك، فيبطل بزوال الملك، فإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن في توكيله، وثبت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه، فقطع استدامته، وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره، ثم باعه، والصحيح: أن الوكالة لا تبطل . لأنّ سيّد العبد أذن له في بيع ماله، والعق لا يبطل الإذن .

وهكذا إن باعه، إلا أن المشتري إن رضى ببقائه على الوكالة بقي، وإن لم يرض بذلك بطلت الوكالة .
وإن وكل عبد غيره، فأعتقه، لم تبطل الوكالة . وجهاً واحداً . لأنّ هذا توكيل حقيقة، والعق

غير منافٍ له ، وإن اشترى الموكل منه لم تبطل الوكالة . لأن ماله له لا ينافي إذنه له في البيع ، أو الشراء .

٣٧٣٦

(فصل)

وإن وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله ، سواء كان ذمياً أو مستأمناً أو حربياً ، أو مرتدّاً . لأن العدالة غير مشترطة فيه . وكذلك الدين كالبيع . وإن وكل مسلماً ، فارتد لم تبطل الوكالة ، سواء لحق بدار الحرب ، أو أقام . وقال أبو حنيفة : إن لحق بدار الحرب بطلت وكالته . لأنه صار منهم .

ولنا : أنه يصح تصرفه لنفسه ، فلم تبطل وكالته ، كما لو لم يلحق بدار الحرب . ولأن الردة لا تمنع ابتداء وكالته ، فلا تمنع استدامتها ، كسائر الكفر ، وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه ، فأما الوكيل في ماله . فينبى على تصرفه نفسه ، فإن قلنا : يصح تصرفه لم يبطل توكيله . وإن قلنا : هو موقوف فوكالته موقوفة ، وإن قلنا : يبطل تصرفه بطل توكيله . وإن وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً .

٣٧٣٧

(فصل)

ولو وكل رجلاً في نقل امرأته ، أو بيع عبده . أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة ، وعق العقيد ، وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة . لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته .

٣٧٣٨

(فصل)

وإن تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة . لأن محلها ذهب ، فذهبت الوكالة ، كما لو وكله في بيع عبد ، فمات ، ولو دفع إليه ديناراً ، ووكّله في الشراء به ، فهلك الدينار ، أو ضاع ، أو استقرضه الوكيل ، وتصرف فيه بطلت الوكالة ، سواء وكّله في الشراء بعينه ، أو مطلقاً . لأنه إن وكّله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بتلفه ، فبطلت الوكالة ، وإن وكّله في الشراء مطلقاً ، ونقد الدينار بطلت أيضاً . لأنه إنما وكّله في الشراء به ، ومعناه : أن ينقده ثمن ذلك المبيع : إما قبل الشراء ، أو بعده . وقد تمذّر ذلك بتلفه . ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ، ولا رضى بلزومه . وإذا استقرضه الوكيل ، ثم عزل ديناراً عوضه ، واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن . لأن الوكالة بطلت ، والدينار الذي عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه ، فإذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على إجازة الموكل ، فإن أجاز صح ، ولزم الثمن ، وإلا لزم الوكيل ، وعنه يلزم الوكيل بكل حال .

وقال القاضي : متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل . لأنه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره .

وقال أصحاب الشافعي : متى اشترى لغيره بماله نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل ، سواء اشترى بعين

للمال ، أو في الذمة . لأنه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه ، أشبه ما لو اشتراه في الذمة .

٣٧٢٩

(فصل)

نقل الأثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم ، فقال له : إذا أمكنتك قضاؤها فادفعها إلى فلان ، وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذي أذن له في القبض ، لكن جملة وكيله وتمسك من عليه الدين من القضاء ، فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ، ويخاف التبعة من الورثة . فقال : لا يُعجبنى أن يدفع إليّ ، لعلمه قد مات ، لكن يجمع بين الوكيل ، والورثة ، ويبرأ إليهما من ذلك .

هذا ذكره أحمد على طريق النظر للفرع ، خوفاً من التبعة من الورثة ، إن كان موروثهم قد مات ، فانعزل وكيله ، وصار الحق لهم ، فيرجعون على الدافع إلى الوكيل . فأما من طريق الحكم فلا وكيل المطالبة ، وللآخر الدفع إليه فإن أحمد قد نص في رواية حرب : إذا وكله في الحد ، وغاب استوفاه الوكيل . وهو أبلغ من هذا . لكونه يدرأ بالشبهات ، لكن هذا احتياط حسن ، وتبرئة للفرع ظاهراً ، وباطناً ، وإزالة للتبعة عنه . وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل . وإن لم يعلم بموته . لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات ، وانتقل إلى الورثة .

ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون الغاضى ممن يرى أن الوكيل بمنعزل بالموت فيحكم عليه بالنعزل به ، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب . لأنه وكله في قبض الحق ولم يعلمه . ولم يكن حاضراً ، فيقبل . وفيها دليل على صحته التوكيل بغير لفظ التوكيل . وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل : بع ثوبي : ليس شيء حتى يقول : قد وكلتك . وهذا سهو من الناقل . وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل . وهو الذي نقله الجماعة .

٣٧٣٠

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده ، حتى يفسخ أو يطلأ ﴾ وجه ذلك : أن الوكالة إذا وقعت مُطْلَقَةً غير مؤقّدة ملك التصرف أبداً ، مالم تنفسخ الوكالة . وفسخ الوكالة أن يقول . فسختُ الوكالة ، أو أبطأتها ، أو نقضتها ، أو عزلتك ، أو صرفتك عنها ، وأزلتك عنها ، أو ينهاء عن فعل ما أمره به ، ووكله فيه ، وما أشبه هذا من الألفاظ المتضمنة عزله ، المؤدّية معناه ، أو يعزل الوكيل نفسه ، أو يوجد ما يقتضي فسخها حكماً ، على ما قد ذكرنا ، أو يزول ملكه عمداً قد وكله في التصرف فيه ، أو يوجد ما يدلّ على الرجوع عن الوكالة .

فإذا وكتله في طلاق امرأته ، ثم وطئها انفسخت الوكالة . لأن ذلك يدل على رغبته فيها ، واختياره إمساكها ، وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعيّاً . كان ارتجاعاً لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضى استبقائها على نكاحها ، ومنع طلاقها أولى .

وإن باشرها دون الفرج ، أو قبلتها ، أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج . فهل تفسخ الوكالة في الطلاق ؟ يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به .

وإن وكتله في بيع عبد ، ثم أعقبه ، أو باعه بيعاً صحيحاً ، أو كان به ، أو دبره انفسخت الوكالة . لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه ، وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلاً للبيع ، وعلى الرواية الأخرى : تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه ، وإن باعه بيعاً فاسداً تبطل الوكالة . لأن ملكه في العبد لم يزُل ، ذكره ابن المنذر .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٣١

قال ﴿ ومن وكل في شراء شيء ، فاشتري غيره كان الأمر مخيراً في قبول الشراء . فإن لم يقبل لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء ﴾

وجملته : أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله ، فاشتري غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد ، فيشتري جارية لم يخل من أن يسكون اشتراه في ذمته ، أو بعين المال . فإن كان اشتراه في ذمته ، ثم نقد منه ، فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشتري بثمن في ذمته ، وليس ذلك ملكاً لغيره . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح في أحد الوجهين . لأنه عقده على أنه للموكل ، ولم يأذن فيه ، فلم يصح . كما لو اشتري بعين ماله .

ولنا : أنه لم يتصرف في ملك غيره . فصح ، كما لو لم ينوه لغيره .

إذا ثبت هذا فن أحمد روايتان

إحداهما : الشراء لازم المشتري . وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي . لأنه اشتري في ذمته بغير

إذن غيره . فكان الشراء له ، كما لو لم ينو غيره .

والرواية الثانية : يقف على إجازة الموكل . فإن أجاز له . لأنه اشتري له وقد أجاز له فله ، كما

لو اشتري بإذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل . لأنه لا يجوز أن يلزم للموكل . لأنه لم يأذن في شرائه ، ولزم الوكيل ، لأن الشراء صدر منه ، ولم يثبت لغيره ، فيثبت في حقه ، كما لو اشتراه لنفسه ، وهكذا الحكم في كل من اشتري شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه ، سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له ، أو لم يكن وكيلاً له .

فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى بَعِينَ الْمَالِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : بِعْنِي الْجَارِيَةَ بِهَذِهِ الدَّنَانِيرِ ، أَوْ بَاعَ مَالًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى : أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ . فَإِنْ لَمْ يُجْزَهِ بَطُلٌ . وَإِنْ أَجَازَهُ صَحَّ . لِحَدِيثِ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ : أَنَّهُ بَاعَ مَالًا يُؤْذَنُ لَهُ فِي بَيْعِهِ . فَأَقَرَّهُ عَلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَدَعَا لَهُ . وَلَأنَّهُ تَصَرَّفَ لَهُ بِخَيْرٍ ، فَصَحَّ ، وَوَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ كَالْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَلَى الثَّلَاثِ .

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى : أَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَالٍ مِنْ لَمْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالًا الصَّبِيَّ الْمُرَاهِقَ ، ثُمَّ بَلَغَ ، فَأَجَازَهُ . وَلَأنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِلْحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ «لَا تَبِيعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» بِعْنِي مَالًا تَمْلِكُ ، وَأَمَّا حَدِيثُ عُرْوَةَ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ وَكِيلًا مُطْلَقًا . بِدَلِيلِ أَنَّهُ بَاعَ ، وَسَلَّمَ الْمُبِيعَ ، وَأَخَذَ ثَمَنَهُ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ جَائِزًا لِمَنْ لَمْ يُؤْذَنَ لَهُ فِيهِ اتِّفَاقًا ، وَمَتَى حَكَمْنَا بِبُطْلَانِ الْبَيْعِ ، فَاعْتَرَفَ لَهُ الْعَاقِدُ مَعَهُ بِبُطْلَانِ الْبَيْعِ ، أَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ ، فَعَلَيْهِ رَدٌّ مَا أَخَذَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بِذَلِكَ ، وَلَا قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْعَاقِدُ ، وَلَمْ يُلْزَمْ رَدُّ شَيْءٍ . لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ تَصَرَّفَ الْإِنْسَانَ لِنَفْسِهِ ، فَلَا يَصْدَقُ عَلَى غَيْرِهِ فِيمَا يُبْطَلُ عَقْدُهُ . وَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَ مَالًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرَى . لَمَّا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَوْ قَالَ الْمُشْتَرَى : إِنَّكَ بَعْتَ مَالًا غَيْرَكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ ذَلِكَ ، وَقَالَ : بِلَ بَعْتُ مِلْكِي ، أَوْ قَالَ : بَعْتُ مَالًا مُوَكَّلِي بِإِذْنِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا ، وَإِنْ اتَّفَقَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرَى عَلَى مَا يُبْطَلُ الْبَيْعُ ، وَقَالَ الْمُوَكَّلُ : بِلَ الْبَيْعُ صَحِيحٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ بَيْعِهِ . وَلَا يُلْزَمُهُ رَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الْعَوَاضِ .

(فصل)

٣٧٣٢

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي أَنْ يَتَزَوَّجَ لَهُ امْرَأَةً ، فَتَزَوَّجَ لَهُ غَيْرَهَا ، أَوْ تَزَوَّجَ لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ بِكُلِّ حَالٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ النِّكَاحِ ذِكْرَ الزَّوْجِ ، فَإِذَا كُنَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَقَعْ لَهُ ، وَلَا لِلْوَكِيلِ . لِأَنَّ الْمَقْصُودَ أَعْيَانُ الزَّوْجَيْنِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرَى لَهُ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةِ الْمُشْتَرَى لَهُ ، فَافْتَرَقَا .

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ : بِصَحِّ النِّكَاحِ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ التَّزَوُّجِ لَهُ . فَإِنْ أَجَازَهُ صَحَّ ، وَإِلَّا بَطُلَ ، وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالْقَوْلُ فِيهِ كَالْقَوْلِ فِي الْبَيْعِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

(فصل)

٣٧٣٣

قَالَ الْقَاضِي : إِذَا قَالَ لِرَجُلٍ : اشْتَرِ بَدَنِي عَلَيْكَ طَعَامًا لَمْ يَصَحَّ . وَلَوْ قَالَ : تَسَلَّفْ لِي أَلْفًا مِنْ مَالِكَ فِي كَرٍّ^(١) طَعَامًا ، فَقَعَلَ لَمْ يَصَحَّ . لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْإِنْسَانُ بِمَالِهِ مَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ

(١) الكَرُّ : أَرْبَعُونَ إِدْبَارًا .

وإن قال : اشترى في ذمتك . أو قال : تسلف لي ألفاً في كُرّ طعام ، واقض الثمن عني من مالك ، أو من الدين الذي لي عليك صحّ . لأنه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل ، والثمن عليه . فإذا قضا من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه ، وإن قضا من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه .

٣٧٣٤

(فصل)

ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق ، أو من جهة العرف . لأن تصرفه بالإذن فاختصّ بما أذن فيه . والإذن يُعرف بالنطق تارة ، وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مُقيّد لم يملك التصرف قبله ، ولا بعده لأنه لم يتناول له إذنه مُطلقاً ، ولا عرفاً . لأنه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة إليه دون غيره . ولهذا لما عيّن الله تعالى لعبادته وقتاً لم يجز تقديمها عليه ، ولا تأخيرها عنه .

فلو قال له : بع ثوبي غداً لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد ، وإن عيّن له المسكان وكان يتعلق به غرض ، مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق ، وكان ذلك السوق معروفاً بجودة النقد ، أو كثرة الثمن ، أو حِلّه ، أو بصلاح أهله ، أو بمودة بين الموكل وبينهم تقيّد الإذن به . لأنه قد نصّ على أمر له فيه غرض ، فلم يجز تفويقه . وإن كان هو وغيره سواء في الغرض لم يقيّد الإذن به . وجاز له البيع في غيره ، لمساواته المنصوص عليه في الغرض . فكان تنصيبه على أحدهما إذناً في الآخر ، كما لو استأجر ، أو استعار أرضاً لزراعة شيء ، كان إذناً في زراعة مثله ، فما دونه .

ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله . ولو نذر صلاة ، أو اعتكافاً في مسجد جاز الاعتكاف ، والصلاة في غيره ، وسواء قدر له الثمن ، أو لم يقدره ، وإن عيّن له المشتري ، فقال : بعه فلاناً لم يملك بيعه لغيره ، بغير خلاف علمناه ، سواء قدر له الثمن ، أو لم يقدره . لأنه قد يكون له غرض في تملكه إياه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقربة ، أو صريح ، أنه لا غرض له في عين المشتري .

٣٧٣٥

(فصل)

وإن وكله في عقد فاسد لم يملكه . لأن الله تعالى لم يأذن فيه . ولأن الموكل لا يملكه ، فالوكيل أولى ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يملك الصحيح ، لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى .

ولنا : أنه أذن له في محرّم ، فلم يملك الحلال بهذا الإذن ، كما لو أذن في شراء خمر ، وخنزير ، لم يملك شراء الخليل ، والغنم .

٣٧٣٦

(فصل)

وإن وكله في بيع عبد ، أو حيوان ، أو عقار ، ونحوه ، أو شرائه ، لم يملك العقد على بعضه . لأن التوكيل تناول جميعه ، وفي التبعيض إضرار بالموكل ، وتشقيص للملكه ، ولم يأذن فيه ، وإن وكله في بيع عبيد ، أو شرائهم ملك العقد عليهم جملةً واحدةً ، واحداً ، واحداً . لأن الإذن يتناول العقد عليهم جملةً ، والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحدٍ واحدٍ . ولا ضرر في جمعهم ، ولا إفرادهم . وإن قال : اشترى عبداً صفقةً واحدةً ، أو واحداً ، واحداً أو بهم ، لم تجز مخالفته . لأن تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه ، فلم يتناول إذنه سواء .

وإن قال : اشترى عبيدين صفقةً ، فاشترى عبيدين لائنين مشتركين بينهما من وكيلهما ، أو من أحدهما بإذن الآخر جاز .

وإن كان لكل واحد منهما عبدٌ مفردٌ ، فاشترى من المالكين ، بأن أوجبا له البيع فيهما ، وقبيل ذلك منهما بلفظ واحد . فقال القاضي : لا يلزم الموكل ، وهو مذهب الشافعي . لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان . ويحتمل أن يلزمه . لأن القبول هو الشراء ، وهو متحد . والغرض لا يختلف .

وإن اشترى من وكيلهما ، وعين ثمن كل واحد منهما ، مثل أن يقول : بعثك هذين العبيدين : هذا بائة ، وهذا بمائتين ، فقال : قبلت . احتمل أيضاً وجهين . وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين . لأن ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ، ويقسط الثمن على قدر قيمتهما .

٣٧٣٧

(فصل)

فإن دفع إليه دراهم ، وقال : اشترى بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها ، وفي الذمة . لأن الشراء يقع على هذين الوجهين ، فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما ، وإن قال : اشتر بعينها ، فاشترى في ذمته ، ثم نقدها لم يلزم الموكل . لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه ، أو كونه مفصوباً ، ولم يلزمه ثمن في ذمته ، وهذا غرض الموكل . فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء لوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكل ؟ على رايين .

وإن قال : اشترى في ذمتك ، وانقد هذه الدراهم ثمناً ، فاشترى بعينها ، فقال أصحابنا : يلزم الموكل لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن ، مع بقاء الدراهم ، وتلقاها . فكان إذناً في عبده لا يلزمه الثمن إلا مع

بقائها . ويحتمل أن لا يصح . لأنه قد يكون له غرض في الشراء بغير عيِّنها . لكونها فيها شبهة ، لا يجب أن يشترك بها ، أو يجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بثلثها ، ولا يبطل بتحريمها ، وهذا غرض صحيح ، فلا يجوز تفويته عليه ، كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الأولى ، ومذهب الشافعي في هذا كله كمنحو ما ذكرناه .

(فصل)

٣٧٣٨

وإن عيّن له الشراء بنقد ، أو حالاً لم تجز مخالفته ، وإن أذن له في النسيئة ، والبيع بأيّ نقد شاء جاز ، وإن أطلق لم يبيع إلا حالاً ، بنقد البلد ، لأن الأصل في البيع الحلول ، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم ، وأطلق ، حمل على الحلول ، بنقد البلد ، وإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما ، فإن تساوى باع بما شاء منهما ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وصاحباؤه : له البيع نساء ، لأنه معتاد ، فأشبه الحال ، ويتخرج لنا مثل ذلك ، بناء على الرواية في المضارب ، وقد ذكرناها ، والأول أولى . لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولا نسلم تساوى العادة فيهما . فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجبهين :

أحدهما : أن المقصود من المضاربة الربح ، لا دفع الحاجة بالثمن في الحال ، وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن .

والثاني : أن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب ، فيود ضرر التأخير في التقاضي عليه ، وههنا بخلافه . فلا يرضى به الموكل . ولأن الضرر في توى الثمن على المضارب ، لأنه يحسب من الربح ، لكون الربح وقاية لرأس المال ، وههنا يعود على الموكل ، فانقطع الالحاق .

(فصل)

٣٧٣٩

إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة ، أو بدون ما عيَّنه له لم ينفذ بيعه ، لأنه مخالف لموكله ، لأنه رضى بثمان النسيئة ، دون النقد ، وإن باعها نقداً بما تساوى نسيئة أو عيّن له ثمنها ، فباعها به نقداً ، فقال القاضى : يصح ، لأنه زاده خيراً . فكان مأذوناً فيه عرفاً ، فأشبه ما لو وكله في بيعها بعشرة ، فباعها بأكثر منها ، ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح ، وإن كان فيها غرض : نحو أن يكون الثمن مما يستخير بحفظه في الحال ، أو يخف عليه من التلف ، أو المتغابين ، أو بتغير عن حاله إلى وقت الحلول . فهو كمن لم يؤذن له ، لأن حكم الحلول لا يقتل المسكوت عنه ، إلا إذا علم أنه في المصلحة ، كما ينطوق ، أو أكثر ، فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه ، أو المائلة ، ومتى

كان في المنطوق به غرض مختص به ، لم يحز تفويقه ، ولا ثبوت الحكم في غيره ، وقد ذكر القاضى نحو هذا في موضع آخر .

(فصل)

٣٧٤٠

وإن وكله في الشراء بثمن نقداً ، فاشترى نسيئة بأكثر من ثمن النقد ، لم يقع للموكل ، وإن اشترى نسيئة بثمنه نقداً ، أو بما عينه له فهي كالتى قبلها . ويصح للموكل في قول القاضى ، وعلى ما ذكرنا يُنظر في ذلك : فإن كان فيه ضرر : نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ، ونحو ذلك ، لم يحز ، كقولنا في التى قبلها ، ولأصحاب الشافعى في صحة الشراء وجهان .

(فصل)

٣٧٤١

وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدره له ، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل ، أو أكثر مما قدر له ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأى ثمن كان . لأن لفظه في الإذن مطلق ، فيجب حمله على إطلاقه .

ولنا : أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة ، فاقتضى ثمن المثل ، كاشراء . فإنه وافق عليه . وما ذكره ينتقض بالشراء . فإن باع بأقل من ثمن المثل ، أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله ، أو باع بدون ما قدره له ، أو اشترى بأكثر منه ، فحكم من لم يؤذن له في البيع ، والشراء ، وهذا قول الشافعى ، وعن أحد : أن البيع جائز دون الشراء . ويضمن لو كبل الناس . لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه ، كإرض ، فلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً ، وعلى الوكيل ضمان النقص ، وفى قدره وجهان .

أحدهما : ما بين ثمن المثل ، وما باعه به .

والثانى : ما بين ما يتغابن الناس به ، ومالا يتغابن الناس به ، لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ، ولا ضمان عليه . والأول أقيس . لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع ، فأشبهه ببيع الأجنبي . ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان ، فأشبهه الشراء .

وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه أو كاله فحكم تصرف الأجنبي ، على ما ذكر فى موضعه إن شاء الله .

وأما ما يتغابن الناس به عادة فمفوّ عنه ، إذا لم يكن الموكل قدّر له الثمن . لأن ما يتغابن الناس به يعدّ ثمن المثل ، ولا يمكن التجرّز عنه ، ولو حفر من يزيد على ثمن المثل لم يحز أن يبيع بثمن المثل ، لأن عليه الاحتياط ، وطالب الماظ أو كاله . وإن باع بثمن المثل ، فحفر من يزيد فى مدّة الخيار لم يلزمه فسخ العقد

في الصحيح . لأن الزيادة ممنوع منها منهي عنها ، فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن الزيادة قد لا يثبت على الزيادة ، فلا يلزم الفسخ بالشك . ويحتمل أن يلزمه ذلك . لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها . فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع ، والنهي يتوجه إلى الذي زاد ، لا إلى الوكيل ، فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع ، وبعد الاتفاق عليه .

(فصل)

٣٧٤٢

ومن وكل في بيع عبد بمائة ، فباعه بأكثر منها صح ، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة ، لأنه باع بالمأذون فيه ، وزاد زيادة تنفعه ، ولا تضره ، وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به ، أو من غير جنسه . مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم ، فيبيعه بمائة درهم ودينار ، أو ثوب . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح بيعه بمائة ، وثوب ، في أحد الوجهين . لأنه من غير جنس الأثمان .

ولنا : أنها زيادة تنفعه ، ولا تضره . أشبه ما لو باعه بمائة ، ودينار . ولأن الإذن في بيعه بمائة أذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً ، لأن من رضى بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ، ولا يضره . وإن باعه بمائة دينار ، أو تسعين درهماً وعشرة دنانير ، وأشبه ذلك ، أو بمائة ثوب ، أو بثمانين درهماً ، وعشرين ثوباً ، لم يصح ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي . لأنه خالف موكله في الجنس ، فأشبه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ، ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير ، أو مكان بعضها . لأنه مأذون فيه عرفاً ، فإن من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار ، فجري مجرى بيعه بمائة درهم ، ودينار . وأما الثياب فلا يصح بيعه بها ، لأنها من غير جنس الأثمان .

(فصل)

٣٧٤٣

وإن وكله في بيع عبد بمائة ، فباع نصفه بها ، أو وكله مطلقاً ، فباع نصفه بثلثي السكل جاز . لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، فإن من رضى مائة ثمناً للسكل رضى بها ثمناً للنصف ، ولأنه حصل له المائة ، وأبقى له زيادة تنفعه ، ولا تضره ، وله بيع النصف الآخر . لأنه مأذون في بيعه ، فأشبه ما لو باع العبد كله بثمن ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه : لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه ، فربما لا يؤثر بيع باقيه ، للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه . وهكذا القول في توكيله في بيع عبيدين بمائة ، إذا باع أحدهما بها صح ، وهل يكون له بيع العبد الآخر ؟ على وجهين ، فأما إن وكله في بيع عبده بمائة ، فباع بعضه بأقل منها لم يصح ، وإن وكله مطلقاً ، فباع بعضه بأقل من ثمن السكل لم يجوز . وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أطلق الوكالة ، بناء على أصله في أن لاوكيل المطاق البيع بما شاء .

ولنا : أن على الموكل ضرراً في تبعيضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ، ولا عرفاً فلم يجوز ، كما لو وكله في شراء عبد ، فاشتري نصفه .

(فصل)

٣٧٤٤

وإن وكله في شراء عبد بعينه . بمائة ، فاشترى بخمسين ، أو بما دون المائة صح ، ولزم الموكل . لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، وإن قال : لا تشتره بأقل من مائة ، بخلافه لم يجوز . لأنه خالف نصه ، وصريح قوله مقدم على دلالة العرف .

فإن قال : اشترى بمائة ، ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين . لأن إذنه في الشراء بمائة دلّ عرفاً على الشراء بما دونها ، خرج منه المحسّن بصريح النهي ، بقي فيما فوقها ، على مقتضى الإذن : وإن اشترى بأقل من الخمسين . ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه ، أشبه ما زاد على الخمسين .

والثاني : لا يجوز ، لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها . فكان تنبيهاً على النهي عما هو أقل منها ، كما أن الإذن في الشراء بمائة إذن فيما دونها ، جرى ذلك مجرى صريح نهيه ، فإن تنبيه السكّان كنصّه ، وإن قال : اشترى بمائة دينار ، فاشترى بمائة درهم ، فالحكم فيه كما لو قال : به بمائة درهم ، فباعه بمائة دينار ، على ما مضى من القول فيه . وإن قال اشترى نصفه بمائة ، فاشترى كله ، أو أكثر من نصفه بمائة جاز . لأنه مأذون فيه عرفاً . وإن قال : اشترى نصفه بمائة ، ولا تشتره جميعه ، فاشترى أكثر من النصف ، وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسألة التي قبلها . السكون دلالة العرف قاضية بالإذن في شراء كل ما زاد على النصف ، خرج الجميع بصريح نهيه . ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن .

(فصل)

٣٧٤٥

وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة ، فاشترى على الصفة بدونها جاز . لأنه مأذون فيه عرفاً . وإن خالفه في الصفة ، أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل . وإن قال اشترى عبداً بمائة ، فاشترى عبداً يساوي مائةً بدونها جاز . لأنه لو اشترى بمائة جاز . فإذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً ، فيجوز . وإن كان لا يساوي مائةً لم يجوز ، وإن كان يساوي أكثر مما اشترى به . لأنه خالف أمره ، ولم يحصل غرضه .

(فصل)

٣٧٤٦

وإن وكله في شراء شاةً بدینار ، فاشترى شاتين تساوي كلّ واحدة منهما أقل من دينار لم يقع

للموكل . وإن كانت كل واحدة منهما تساوى ديناراً أو إحداهما تساوى ديناراً ، والأخرى أقل من دينار صح ، ولزم الموكل . وهذا المشهور من مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار ، والأخرى للوكيل ، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عمدة شاة واحدة .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « أَدْعَى عُرْوَةَ بْنَ الْجُعْدِ دِينَاراً فَقَالَ : اشْتَرِ لَنَا بِهِ شَاةً . قَالَ : فَأَتَيْتُ الْجَلْبَ قَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّقُهُمَا أَوْ أَقُودُهُمَا ، فَلَمَقِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِي فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْدِينَارِ ، وَبِالشَّاةِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا دِينَارُكُمْ وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . قَالَ : وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ لَخَدْنَعُهُ الْحَدِيثَ . قَالَ : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفَقَةِ يَمِينِهِ » ولأنه حصل له المأذون فيه ، وزيادة من جنسه ، تنفع ولا تضر . فوقع ذلك له ، كما لو قال له : بعه بدينار ، فباعه بدينارين . وما ذكره يبطل بالبيع ، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ، فقيه وجهان :

أحدهما : البيع باطل . لأنه باع مال موكله بغير أمره ، فلم يحز ، كبيع الشاتين .

والثاني : إن كانت الباقية تساوى ديناراً جاز . لحديث عروة بن الجعد الباري . ولأنه حصل له المقصود ، والزيادة لو كانت غير الشاة جاز . فجاز له إبدالها بغيرها . وظاهر كلام أحمد : صحة البيع . لأنه أخذ بحديث عروة ، وذهب إليه ، وإذا قلنا : لا يجوز له بيع الشاة فباعها ، فهل يقع البيع باطلاً ، أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل ؟ على روايتين ، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير إذنه ، ووكيل يخالف موكله ، هل يقع باطلاً أو يصح ، ويقف على إجازة المالك ؟ فيه روايتان ، وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان .

(فصل)

٣٧٤٧

وإذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها إلا سليمة . لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك جاز الرد بالعيب ، فإن اشترى معيباً بعلم عيبه لم يلزم الموكل ، لأنه اشترى غير ما أذن له فيه ، وإن لم يعلم عيبه صح البيع . لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر المعجزة عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه ، فإذا علم عيبه ملك رده . لأنه قائم في الشراء مقام الموكل ، والموكل رده أيضاً . لأن المالك له ، فإن حضر قبل رده الوكيل ، ورضى بالعيب لم يكن للوكيل رده . لأن الحق له ، بخلاف المضارب ، فإن له الرد ، وإن رضى رب المال . لأن له حقاً ، فلا يسقط برضى غيره ، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع : توقف حتى يحضر الموكل ، فربما رضى بالعيب لم يلزمه ذلك . لأنه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع ،

وفوات الثمن بتلفه ، وإن أخره بذاء على هذا القول فلم يرضَ به الموكل لم يسقط رده . وإن قلنا : الرد على الفور ، لأنه أخره بإذن البائع فيه ، وإن قال البائع موكلتك قد علم البيع ، فرضيه لم يقبل قوله إلا ببيئة . فإن لم يكن له بيئة لم يستحلف الوكيل ، إلا أن يدعى علمه ، فيحلف على نفي العلم ، وبهذا قال الشافعي ، وعن أبي حنيفة رضى الله عنه : أنه لا يستحلف . لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين ، وليس بصحيح . فإنه لا نيابة ههنا . وإنما يحلف على نفي علمه . وهذا لا ينوب فيه عن أحد ، فإن رد الوكيل ، وحضر الموكل ، وقال : قد بلغني العيب ، ورضيتُ به ، وصدقه البائع ، أو قامت به بيئة لم يقع الرد موقعه ، وكان للموكل استرجاعه ، وللبائع رده عليه . لأن رضاه به عزّل الوكيل عن الرد . بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد ، إلا أن نقول : إن الوكيل لا ينمزل حتى يعلم العزل ، وإن رضى الوكيل للمعيب ، أو أمسكه إمساكا ينقطع به الرد ، فحضر الموكل فأراد الرد ، فله ذلك ، إن صدقه البائع أن الشراء له ، أو قامت به بيئة . وإن كذبه ، ولم تسكن به بيئة فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له ، فليس له رده . لأن الظاهر أن من اشترى شيئا فهو له . ويلزم الوكيل ، وعليه غرامة الثمن ، وهذا كله مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : للوكيل شراء المعيب . لأن التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في إطلاقه ، ولأنه أمينه في الشراء ، فجاز له شراء المعيب ، كالمضارب .

ولنا : أن البيع بإطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب ، فكذلك الوكالة فيه . ويفارق المضاربة من . حيث إن المقصود فيها الربح . والربح يحصل من المعيب ، كحصوله من الصحيح ، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى ، أو يدفع به حاجته . وقد يكون العيب مانعا من قضاء الحاجة به ، ومن قنيتته ، فلا يحصل المقصود . وقد ناقض أبو حنيفة أصله . فإنه قال في قوله تعالى (فَتَحْزِرُونَ رِقَبَةً) لا تجوز العمياء ، ولا معيبة عيبا يضر بالعمل . وقال ههنا : يجوز للوكيل شراء الأحمى ، والمُعَمَّد ، ومقطوع اليدين والرجلين .

(فصل)

٣٧٤٨

وإن أمره بشراء سلعة بعينها ، فاشتراها ، فوجدها معيبةً احتمل أن له الرد . لأن الأمر يقتضى السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفةٍ : ويحتمل أن لا يملك الرد . لأن الموكل قطع نظره بالتعيين ، فربما رضىه على جميع صفاته ، وإن علم عيبه قبل شرائه ، فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً مبنيين على رده ، إذا علم عيبه بمدشراته ، وإن قلنا : يملك رده فليس له شراؤه . لأن العيب إذا جاز به الرد بعد العقد ، فلا ينم من الشراء أولى . وإن قلنا : لا يملك الرد ، ثم فله الشراء ههنا . لأن تعيين الموكل قطع نظره ، واجتهاده في جواز الرد ، فكذلك في الشراء .

٣٧٤٩

(فصل)

وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ، ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل أنه لو اشترى بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ، ولم ينتقل إلى الموكل .

ولنا : أنه قبل عقداً لغيره صحّ له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه ، كالأب ، والوصي ، وكما لو تزوّج له . وقولهم : إن حقوق العقد تتعلق به غير مُسلم . ويتفرّع عن هذا : أن المسلم لو وكل ذميّاً في شراء خمر ، أو خنزير ، فاشترى له لم يصحّ الشراء . وقال أبو حنيفة : يصحّ ، ويقع للذمي ، لأن الخمر مال لهم . لأنهم يتخوّلونها ، ويتبايعونها ، فصحّ توكيلهم فيها ، كسائر أموالهم .

ولنا : أن كل ما لا يجوز المسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه ، كتنزيع الجوسية . وبهذا خالف سائر أموالهم ، وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن . لأنه بمنزلة المبيع ، وإن كان الثمن في الذمة ، فلو وكيل والموكل المطالبة به . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس الموكل المطالبة . لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ، ولهذا يتعلق مجلس الصرف ، والخيار به ، دون موكله ، فكذلك القبض .

ولنا : أن هذا دين الموكل يصحّ قبضه له ، فملك المطالبة به ، كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد . لأن ذلك من شروط العقد ، فتعلق بالعقد ، كالإيجاب ، والقبول ، وأما الثمن فهو حقّ للموكل ، ومال من أمواله ، فكانت له المطالبة به . ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به . وإنما تتعلق بالموكل ، وهي تسليم الثمن ، وقبض المبيع ، والردّ بالميب ، وضمان الدرك . فأما ثمن ما اشترى إذا كان في الذمة ، فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً . وفي ذمة الوكيل تبعاً ، كالضامن . وللبائع مطالبة من شاء منهما . فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل . وإذا أبرأ الموكل برى الوكيل أيضاً ، كالضامن ، والمضمون عنه سواء . وإن دفع الثمن إلى البائع ، فوجد به عيباً ، فردّه على الوكيل كان أمانة في يده ، إن تلف فهو من ضمان الموكل ، ولو وكل رجلاً يتسلف له ألفاً في كُرٍّ^(١) حنطة ، ففعل ، ملك للموكل ثمنها ، والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم .

٣٧٥٠

(فصل)

قال أحد في رواية مهنا : إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ، ففعل ، فوهب له المشتري مندبلاً ، فالمندبيل لصاحب الثوب . إنما قال ذلك : لأن هبة المندبيل سببها البيع ، وكان المندبيل زيادة في الثمن ، والزيادة في مجلس العقد تلحق به .

(١) السكر : أربعمون يردبا

٣٧٥١

(فصل)

في الشهادة على الوكالة

إذا ادعى الوكالة ، وأقام شاهداً ، وامرأتين أو حلف مع شاهده ، فقال أصحابنا ، فيها روايتان :
إحدهما : تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال . فإن أحد قال في الرجل يوكل ، ويشهد على نفسه
رجلاً وامرأتين : إذا كانت المطالبة^(١) بدين ، فأما غير ذلك فلا .

والثانية : لا تثبت إلا بشاهدين عدلين . نقلها الحرقي بقوله : ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع
عليه الرجال لأقل من رجلين . وهذا قول الشافعي . لأن الوكالة إثبات للتصرف ، ويحتمل أن يسكون
قول الحرقي كالرواية الأولى . لأن الوكالة في المال يُتصد بها المال ، فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال ،
كالبيع والقرض . فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما : قد عزله ، لم تثبت وكالته بذلك . لأن أحدهما لم تثبت
وكالته بذلك . وإن كان اشاهد بالعزل رجلاً غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده . لأن العزل لا يثبت
إلا بما يثبت به التوكيل . ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال : قد عزله لم يحكم بشهادتهما . لأنه
رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد ، وإن حكم الحاكم
بشهادتهما ، ثم عاد أحدهما فقال : قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت إلى قوله . لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم
يثبت العزل ، فإن قالا جميعاً : قد كان عزله ثبت العزل . لأن الشهادة تمت في العزل ، كتمامها في التوكيل .

٣٧٥٢

(فصل)

فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت . لم تتم الشهادة . لأن التوكيل
يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت . فلم تسكّل شهادتهما على فعل واحد . وإن شهد أحدهما أنه أقرّ بتوكيله
يوم الجمعة ، وشهد الآخر أنه أقرّ به يوم السبت تمت الشهادة . لأن الاقرارين إخبار عن عقد واحد ، وبشق
جمع الشهود ليقرّ عندهم حالة واحدة ، فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده ، وكذلك لو شهد أحدهما
أنه أقرّ عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقرّ بها بالعجمية ثبتت ، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية ،
وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تسكّل الشهادة ، لأن التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية ، فلم تسكّل
الشهادة على فعل واحد . وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال : وكتلتك ، وشهد الآخر أنه قال : أذنت لك في
التصرف ، أو أنه قال : جعلتك وكيلاً ، أو شهد أنه قال : جعلتك جريباً^(٢) لم تتم الشهادة . لأن اللفظ

(١) أي تجوز الوكالة إذا كانت المطالبة يدين .

(٢) جريباً : الجري : بفتح الجيم وكسر الراء وتشديد الياء الوكيل والرسول ، والأجير ، والضامن ، والمراد
الأول كما قال الشارح .

مختلف ، والجريء الوكيل ، ولو قال أحدهما : أشهد أنه وكّله ، وقال الآخر : أشهد أنه أذن له في التصرف ، تمت الشهادة . لأنهما لم يحكما لفظ الموكل . وإنما عبّر عنه بلفظهما ، واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه . ولو قال أحدهما : أشهد أنه أقرّ عندي أنه وكّله ، وقال الآخر : أشهد أنه أقرّ أنه جرّبه ، أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك ، ولو شهد أحدهما أنه وكّله في بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكّله وزيداً ، أو شهد أنه وكّله في بيعه ، وقال : لا تبعه حتى تستأمرني ، أو تسأمر فلاناً . لم تتم الشهادة . لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط . والثاني ينفي ذلك ، فكانا مختلفين ، وإن شهد أحدهما أنه وكّله في بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكّله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد ، لا تفاهما عليه ، وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الأول . فلا تضرّه . وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكّله في بيعه لزيد ، وشهد الآخر أنه وكّله في بيعه لزيد ، وإن شاء لعمرو .

(فصل)

٣٧٥٣

ولا تثبت الوكالة ، والعزل بخبر الواحد . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تثبت الوكالة بخبر الواحد ، وإن لم يكن ثقة . ويجوز التصرف للمخبر بذلك ، إذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ، إن أنكر الموكل . ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً . لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق . فسقط اعتباره . ولأنه أذن في التصرف ، ومنع منه ، فلم يُعتبر في هذا شروط الشهادة ، كاستخدام غلامه . ولنا أنه عفا مالي . فلا يثيب بخبر الواحد ، كالبيع . وفارق الاستخدام . فإنه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان أن فلاناً الغائب وكلّ فلاناً الحاضر ، فقال الوكيل : ماعلتُ هذا ، وأنا أتصرف عنه ثبتت الوكالة ، لأن معنى ذلك أني لم أعلم إلى الآن ، وقبول الوكالة يجوز متراحياً . وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ، ولا علمه . فلا يضرّ جهله به . وإن قال : ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته ، لقدحه في شهادتهما . وإن قال : ماعلتُ وسكتَ قيل له : فسرّ ، فان فسّرَ بالأول ثبتت وكالته . وإن فسّرَ بالثاني لم تثبت .

(فصل)

٣٧٥٤

ويصحّ سماع البيّنة بالوكالة على الغائب ، وهو أن يدعى أن فلاناً الغائب وكلّني في كذا . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ بناء على أن الحكم على الغائب لا يصحّ .

ولنا أنه لا يُعتبر رضاه في سماع البيّنة ، فلا يُعتبر حضوره كغيره . وإذا قال له مَنْ عليه الحقّ . أحلف أنك تستحقّ مطالبتني لم تُسمع دعواه . لأن ذلك طعن في الشهادة . وإن قال : قد عزلك الموكل فاحلف : أنه ما عزلك لم يُستحلف . لأن الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة ، وإن قال : أنت

تعلم أن موكلك قد عزتك سمعت دعواه . وإن طلب اليمين من الوكيل حلف : أنه لا يعلم أن موكله عزله . لأن الدعوى عليه ، وإن أقام الخصمُ يَدَّةً بالعزل سمعت ، وانعزل الوكيلُ .

٣٧٥٥

(فصل)

وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة . فإنه لا يجرّ بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه . لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً . ولا تُقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه . لأنه يُثبت لنفسه حقاً . بدليل أنه إذا وُكِّلَ في قبض حق ، فشهد به له ثبت استحقاق قبضه . ولأنه خصم فيه . بدليل أنه يملك الخصامة فيه . فإن شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تُقبل أيضاً ، سواء كان خصم فيه بالوكالة ، أو لم يخاصم . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إن كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته ، لأنه لا حق له فيه ، ولم يخاصم فيه ، فأشبهه ماله لم يسكن وكيلاً فيه . وللشافعي قولان كالذهبيين . ولنا : أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه ، فلم تُقبل شهادته فيه كالموكل خصم فيه ، وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه . فإنه لم يكن خصماً فيه .

٣٧٥٦

(فصل)

إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تُقبل شهادتهما . لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً ، وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما . وإن شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تُقبل . لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً . وهو إبقاء النفقة على الزوج . ولا تُقبل شهادة ابني الرجل له ، بالوكالة ، ولا أبويه . لأنهما يُثبتان له حق التصرف . ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ، ولا أبيه . ولا تُقبل شهادة ابني الموكل ، ولا أبويه بالوكالة . وقال بعض الشافعية : تُقبل . لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة ، فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل ، كالإقرار .

ولنا : أن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه ، أو ابنه ، فلم تُقبل ، كشهادة ابني الوكيل ، وأبويه . وذلك لأنهما يُثبتان لأبيهما نائباً متصرفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالإقرار . فإنها شهادة عليه متمحضة . ولو ادعى الوكيل الوكالة ، فأنكرها الموكل ، فشهد عليه ابنه ، أو أبواه ثبتت الوكالة ، وأمضى تصرفه . لأن ذلك شهادة عليه وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته ، وأنكر الوكيل ، فشهد عليه أبواه ، أو ابنه ، قبل أيضاً لذلك . وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقاً ، وطالب به ، فادعى الخصم أن الموكل عزله ، وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما ، وثبت العزلُ بها . لأنهما يشهدان على أبيهما ، وإن لم يدع الخصم عزله ، لم تُسمع شهادتهما . لأنهما يشهدان لمن لا يدعيهما . فإن قبض الوكيل ، فحضر الموكل ، وادعى

أنه كن قد عزل الوكيل ، وأن حقّ باقى فى ذمّة الغريم ، وشهد له ابناه ، لم تقبل شهادتهما ، لأنهما يثبتان حقّاً لأبيهما ، ولو ادعى مكاتب الوكالة ، فشهد له سيّده ، أو ابنا سيّده ، أو أبواه لم تقبل . لأن السيّد يشهد لعبده ، وابناه يشهدان لعبد أبيهما ، والأبوان يشهدان لعبد ابنهما ، فإن عتق ، فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ محتمل وجهين .

(فصل)

٣٧٥٧

إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر أحدهما أن الآخر وكّله ، ثم غاب الموكل ، وحضر الوكيل ، فقدم خصماً لموكله ، وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا : لا يحكم الحاكم بعلمه لم نسمع دعواه حتى تقوم البيّنة بوكالته . وإن قلنا : يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه ، واسمه ونسبه صدقة ، ومكّنه من التصرف . لأن معرفته كالبيّنة ، وإن عرفه بعينه ، دون اسمه ، ونسبه ، لم يقبل قوله حتى تقوم البيّنة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله ، فلم يقبل .

(فصل)

٣٧٥٨

ولو حضر عند الحاكم رجل ، فادّعى أنه وكيل فلان الغائب فى شيء عيّنة ، وأحضر بيّنة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم . ولو ادّعى حقّاً لموكّله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه . وبه قال مالك ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل ، فيدّعى عليه حقّاً ، فإذا أجاب المدّعى عليه حينئذٍ يسمع الحاكم البيّنة ، فحصل الخلاف بيننا فى حكمين .

أحدهما : أن الحاكم عندنا يسمع البيّنة على الوكالة من غير حضور خصم ، وعنده لا يسمع .

والثانى . أنه لا تسمع دعواه لموكّله قبل ثبوت وكالته ، وعنده تسمع ، وبني أبو حنيفة على أصله فى أن القضاء على الغائب لا يجوز ، وسماع البيّنة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب ، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم . أُنكّ لست بوكيل .

ولنا : أنه إثبات للوكالة ، فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه ، كما لو كان الموكل عليه جماعة ، فحضر واحد منهم . فإن الباقيين لا يفتقر إلى حضورهم ، كذلك ههنا ، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة : أنها لا تسمع إلا من خصم يُخاصم عن نفسه ، أو عن موكّله ، وهذا لا يُخاصم عن نفسه ، ولم يثبت أنه وكيل لمن يدّعى له ، فلا تسمع دعواه ، كما لو ادّعى لمن لم يدّع وكالته . وفى هذا الأصل جواب عما ذكره .

٣٧٥٩

(فصل)

ولو حضر رجل ، وادّعى على غائب ملاً في وجه وكيله ، فأنكره ، فأقام بيّنة بما ادّعاه حلقه الحاكم وحكم له بالمال ، فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة ، أو ادّعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

٣٧٦٠

(فصل)

إذا قال : بع هذا الثوب بعشرة ، فما زاد عليها فهو لك صحّ ، واستحقّ الزيادة . وقال الشافعي : لا يصحّ .

ولنا : أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ، ولأنّه يتصرّف في ماله بإذنه ، فصحّ شرط الرجح له في الثاني ، كالمضارب ، والعامل في المساقاة .

كتاب الإقرار بالحقوق

الإقرار : هو الاعتراف ، والأصل فيه الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب : فقوله تعالى (٣ : ٨ - ٨١) وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ - إِلَى قَوْلِهِ - قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ؟ قَالُوا : أَأَقْرَرْنَا) وقال تعالى (٩ : ١٠٢) وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ) وقال تعالى (٧ : ١٧٢) أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَىٰ) في آي كثيرة مثل هذا .

وأما السنة : فما روى أن ماعزاً أقرّ بالزنا ، فرجه رسول الله صلى الله عليه ، وكذلك الغامدية ، وقال « وَاعْتَدِيا أَنْيْسُ عَلَىٰ امْرَأَةٍ هَٰذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُئِيهَا » وأما الإجماع . فإن الأئمة أجمعت على صحة الإقرار . ولأن الإقرار إيجاب على وجه ينفي عنه التهمة ، والريبة . فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها ، ولهذا كان آكد من الشهادة . فإن المدعى عليه إذا اعترف لا نسمع عليه الشهادة ، وإنما نسمع إذا أنكر ولو كذب المدعى ببيئته لم نسمع ، وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل)

٣٧٦١

ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار . فأما الطفل ، والمجنون ، والمبرم^(١) ، والنائم ، والمغمى عليه ، فلا يصح إقرارهم . لأنهم في هذا خلافاً ، وقد قال عليه السلام « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يَفِيْقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ » فهو على الثلاثة ، والمبرم ، والمغمى عليه في معنى المجنون ، والنائم . ولأنه قول من غائب العقل ، فلم يثبت له حكم ، كالبيع ، والطلاق ، وأما الصبي المميز فإن كان مجبوراً عليه لم يصح إقراره . وإن كان مأذوناً له صحح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال أحمد في رواية مهنا في الينيم : إذا أذن له في التجارة وهو يميل البيع ، والشراء ، فبيعه وشراؤه جائز . وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له ولديه فيه . وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو بكر ، وابن أبي موسى : إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي : لا يصح إقراره بحال . لعموم الخبر . ولأنه غير بالغ . فأشبهه الطفل ، ولأنه لا تقبل شهادته ، ولا روايته ، فأشبهه الطفل . وإنما : أنه عاقل مختار يصح تعترفه فصح إقراره ، كالبالغ . وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف ، ولأنهم ، فإن أقر من هو مراعى غير مأذون له ، ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه . فاقول قوله ، إلا أن تقوم بيئة ببلوغه ، لأن الأصل الصغر ، ولا يخلف المقر ، لأننا حكنا

(١) المبرم : الذي يهذى من علة فيه .

بعدم بلوغه ، إلا أن يحلفا بعد ثبوت بلوغه ، فعليه اليمين : أنه حين أقرّ لم يكن بالغاً . ومن زال عقله بسبب مُباح ، أو معذور فيه ، فهو كالمجنون لا يُسمع إقراره بلا خلاف . وإن كان بمصيبة ، كالسكران ومن شرب ، ما يُزيل عقله عامداً ، اغتير حاجة ، لم يصحّ إقراره . . . ويتخرج أن يصحّ بناءً على وقوع طلاقه . وهو منصوص الشافعي لأنّ أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا : أنه غير عاقل . فلم يصحّ إقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعلٌ محرّم ، ولأن السكران لا يؤثّق بصحّة ما يقول ، ولا تنفي عنه التهمة فيما يخبر به . فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله ، وأما المكره : فلا يصحّ إقراره بما أكره على الإقرار به ، وهذا مذهب الشافعي . لقول رسول صلى الله عليه وسلم « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » ولأنه قولٌ أكره عليه بغير حقّ ، فلم يصحّ كالبيع . وإن أقرّ بغير ما أكره عليه ، مثل أن يُكره على الإقرار لرجل ، فأقرّ لغيره ، أو بنوع من المال ، فيقرّ بغيره ، أو على الإقرار بطلاق امرأة ، فأقرّ بطلاق أخرى ، أو أقرّ بعق عبد صحّ . لأنّه أقرّ بما لم يكره عليه فصحّ ، كما لو أقرّ به ابتداءً ، ولو أكره على أداء مال ، فباع شيئاً من ماله ليؤدّي ذلك صحّ بيعه . نصّ عليه . لأنّه لم يُكره على البيع ، ومن أقرّ بحقٍّ ثم ادّعى أنه كان مكرهاً لم يُقبل قوله إلا ببينة ، سواء أقرّ عند السلطان ، أو عند غيره . لأنّ الأصل عدم الإكراه ، إلا أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد ، والحبس ، والتوكيل به . فيكون القول قوله مع يمينه . لأن هذه الحال تدلّ على الإكراه ، ولو ادّعى أنه كان زائلاً العقل حال إقراره لم يُقبل قوله ، إلا ببينة . لأن الأصل السلامة حتّى يُعلم غيرهما ، ولو شهد الشهود بإقراره لم تفتقر صحّة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً في صحّة عقله . لأنّ الظاهر سلامة الحال ، وصحّة الشهادة . وقد ذكرنا حكم إقرار السفیه ، والمفاس ، والمريض في أبوابه .

وأما العبد : فيصحّ إقراره بالحدّ ، والقصاص فيما دون النفس . لأنّ الحقّ له دون مولاه ، ولا يصحّ إقرار المولى عليه . لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ، ويحتمل أن يصحّ إقرار المولى عليه بما يوجب القصاص . ويحبّ المال دون القصاص . لأنّ المال يتعلّق بربيته . وهى مال السيّد ، فصحّ إقراره به ، كجناية الخطأ ، وأما إقراره بما يوجب القصاص في النفس ، فالمنصوص عن أحمد أنّه لا يُقبل ، ويتّبع به بعد العتق . وبه قال زفر ، والأزني ، وداود ، وابن جرير ، الطائفي . لأنه يسقط حقّ سيّده بإقراره . فنشبه الإقرار بقتل الخطأ . ولأنّه متى هم في أنه يقرّ لرجل ليعفو عنه ، ويستحقّ أخذه ، فيتخلّص بذلك من سيّده ، واختار أبو الخطّاب أنّه يصحّ إقراره به ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي : لأنه أحد نوعي القصاص ، فصحّ إقراره به ، كما دون النفس ، وبهذا الأصل ينتقض دليل

الأول . وينبغي على هذا القول أن لا يصحّ عفو وليّ الجناية على مال، إلا باختيار سيّده، لثلاً يُفضى إلى إيجاب المال على سيّده بإقرار غيره ، فلا يُقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ، ولا شبه العمد ، ولا بجناية عمد موجبها المال ، كالجائفة ، والمأمومة ، لأنّه إيجاب حقّ في رقبته ، وذلك يتعلّق بحقّ المولى ، ويقبل إقرار المولى عليه . لأنّه إيجاب حقّ في ماله . وإن أقرّ بسرقة موجبها المال ، لم يُقبل إقراره ويقبل إقرار المولى عليه لما ذكرنا ، وإن كان موجبها القطع ، والمال فأقرّ بها العبد وجب قطعه ، ولم يجب المال ، سواء كان ما أقرّ بسرقة باقياً أو نالفاً في يد السيّد ، أو يد العبد . قال أحمد : في عبد أقرّ بسرقة دراهم في يده أنّه سرّقتها من رجل ، والرجل يدعى ذلك ، وسيّده يكذّبه ، فالدّراهم لسيّده ويُقطع العبد ، ويُذّبح بذلك بعد العتق ، وللشافعيّ في وجوب المال في هذه الصورة وجهان . ويحتمل أن لا يجب القطع لأن ذلك شبهةٌ فيدّرأ بها القطع ، لسكونه حدّاً يدرأ بالشبهات . وهذا قول أبي حنيفة ، وذلك لأنّ العين التي يُقرّ بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها ، فلا يثبت حكم القطع بها ، وإن أقرّ العبد برقبته لغير من هو في يده لم يُقبل إقراره بالرّق . لأن الإقرار بالرّق إقرار بالملك ، والعبد لا يُقبل إقراره بحال . ولأننا لو قبلنا إقراره أضربنا بسيّده ، لأنه إذا شاء أقرّ لغير سيّده ، فأبطل ملكه ، وإن أقرّ به السيّد لرجل ، وأقرّ هو لآخر فهو للذي أقرّ له السيّد . لأنه في يد السيّد ، لا في يد نفسه . ولأن السيّد لو أقرّ به منفرداً قبل ، ولو أقرّ العبد منفرداً ، لم يقبل ، فإذا لم يُقبل إقرار العبد منفرداً . فكيف يُقبل مع معارضته لإقرار السيّد ؟ ولو قبل إقرار العبد لما قبل إقرار السيّد ، كالحدّ وجناية العمد .

وأما المسكاتب : فحكم الحرّ في صحّة إقراره ، ولو أقرّ بجناية خطأ صحّ إقراره . فإن عجز بيع فيها ، إن لم يفده سيّده . وقال أبو حنيفة : يستسقى في الكتابة . وإن عجز بطل إقراره بها ، سواء قضى بها ، أو لم يُقض . وعن الشافعيّ كقولنا : وعنه أنّه مراعى : إن أدّى لزمه ، وإن عجز بطل .

ولنا : أنه إقرار في كتابته ، فلا يبطلُ بمعجزه ، كالإقرار بالدين . وعلى الشافعيّ : أن المسكاتب في يد نفسه . فصحّ إقراره بالجناية ، كالحرّ .

(فصل)

٣٧٦٢

ويصحّ لإقرار المكلّ من يثبت له الحقّ . فإذا أقرّ عبد بفسكاح ، أو قصاص ، أو تعزير القذف ، صحّ الإقرار له ، صدق النوى أو كذبه لأنّ الحقّ له دون سيّده . وله المطالبة بذلك ، والعفو عنه . وليس لسيّده مطالبة به ، ولا عفو ، وإن كذبه العبد لم يُقبل . وإن أقرّ له ببلّ صحّ ، ويكون لسيّده . لأن يد العبد كيد سيّده . وقال أصحاب الشافعيّ : إن قلنا يملك المال صحّ لإقراره ، وإن قلنا : لا يملك

كان الإقرار لمولاه ، يلزم بقصد بقاءه ، ويبطل برده ، وإن أقر بهيمة أو دار لم يصح إقراره لها ، وكان باطلاً . لأنها لا تملك المال مطلقاً ، ولا بد لها . وإن قال على سبب هذه البهيمة ، لم يسكن إقراراً لأحد . ولأنه لم يذكر لمن هي ؟ ومن شرط صحة الإقرار ذكر المقر له . وإن قال : لملكها ، أو لزيد . على سببها ألف صح الإقرار . وإن قال : بسبب تحمل هذه البهيمة لم يصح . إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل)

٣٧٦٣

وإن أقر لرجل امرأة بماله ، وعزاه إلى إرث ، أو وصية صح ، وكان له حمل ، وإن أطلق : فقال أبو عبد الله بن حامد : يصح ، وهو أصح قول الشافعي ، لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح ، فصح له الإقرار المطلق ، كالطفل ، فعلى هذا إن ولدت ذكراً وأنتى كانت بينهما نصفين ، وإن عزاه إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك ، وقال أبو الحسن التميمي : لا يصح الإقرار إلا أن يعزى به^(١) إلى إرث ، أو وصية ، وهو قول أبي ثور ، والقول الثاني للشافعي . لأنه لا يملك بغيرهما ، فإن ولدت الولد ميتاً ، وكان قد عزى الإقرار إلى إرث ، أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل ، وإن أطلق الإقرار كلف ذكر السبب ، فيعمل بقوله ، فإن تمذر التفسير بموته ، أو غيره بطل إقراره ، كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره ، وإن عزى الإقرار إلى جهة غير صحيحة ، فقال : لهذا الحمل على ألف أقرضنيها ، أو ودیمة أخذتها منه ، فعلى قول التميمي الإقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح إقراره ، لأنه وصل إقراره بما يسقطه ، فيسقط ما وصل به ، كما لو قال : له على ألف لا تازمني ، وإن قال : له على ألف جمعتها له ، أو نحو ذلك ، فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الإقرار للحمل إلا إذا ثبت أن كان موجوداً حال الإقرار ، على ما بين في موضعه ، وإن أقر لمسجد أو مصنع ، أو طريق ، وعزاه إلى سبب صحيح ، مثل أن يقول : من غائة وقفه . صح . وإن أطلق خرج على الوجهين .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٦٤

قال ﴿ ومن أقر بشيء ، واستثنى من غير جنسه . كان استثناءه باطلاً ، إلا أن يستثنى عيناً من ورق ، أو ورقاً من عين ﴾ .
في هذه المسألة فصلان .

٣٧٦٥ أولها : أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس ، وبهذا قال زفر ، ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة . إن استثنى مكبلاً أو موزوناً جاز . وإن استثنى عبداً ، أو ثوباً من مكيل ، أو موزون لم يجز ، (١) يقال : عراه يعزیه ويعزوه إذا نسبه إلى شيء أو إلى سبب .

وقال مالك ، والشافعي : يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً . لأنه ورد في الكتاب العزيز ، ولغة العرب ، قال الله تعالى (وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ) وقال تعالى (لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا) وقال الشاعر :

وَبَلَدُهُ آيَسَ بِهَا آيَسٌ إِلَّا الْيَعْفِيرُ ، وإلا العيس^(١)

وقال آخر :

عَيْتُ جَوَابًا ، وَمَا بِالْبَعْثِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا أَوَارِي^(٢) لَا يَأْمَأُ أَبْيَنُهُمَا

ولنا : أن الاستثناء صرف للفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه . وقيل : هو إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه ، مشتق من نفيت فلاناً عن رأيه ، إذا صرّفته عن رأيه كان عازماً عليه ، ونفيت عياناً دأبتي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها ، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام . فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوابه ، ولا ثناء عن وجه استرساله ، فلا يكون استثناء ، وإنما سمي استثناء تجوّزاً . وإما هوفي الحقيقة استدراك ، « وإلا » ههنا بمعنى « لكن » هكذا قال أهل العربية . منهم ابن قتيبة . وحكاه عن سيبويه ، والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد . ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز ، من غير الجنس إلا بعد النفي . ولا يأتي بعده الإثبات إلا أن يوجد بعد جملة .

وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الإقرار ، لأنه إثبات للعقر به . فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً . وإن ذكره بعد جملة . كأن قال : له عندى مائة درهم إلا ثوباً لي عليه ، فيكون مقراً بشيء مدعياً لشيء سواه ، فيقبل إقراره ، وتبطل دعواه ، كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء . وأما قوله تعالى (فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ) فإن إبليس كان من الملائكة ، بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم ، فلم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ، ولا عاصياً بتركه . ولا قال الله تعالى في حقه (فَتَسْقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّي) ولا قال (مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ ؟) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله ، وأهبطه ودّحه ؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة ، فإن قالوا : بل قد تناول الأمر الملائكة ، ومن كان معهم . فدخل إبليس في الأمر ، لكونه معهم ، قلنا : قد سقط استدلالكم ، فإنه متى كان داخلاً في المستثنى منه مأموراً بالسجود . فاستثناه من الجنس ، وهذا ظاهر إن شاء الله تعالى ، فعلى هذا : متى قال : له على ألف درهم إلا ثوباً لزمه الألف ، وسقط الاستثناء ، ينزله ما لو قال : له على ألف درهم ، لكن لي عليه ثوب .

(١) اليعافير : الطباء التي لونها بلون التراب أو مطلقاً ، والعيس : الجمال البيض التي يخالط بياضها شقرة .

(٢) أوارى : جمع ورية وهي ما توري به النار من خرقه أو حطبة ونحوها .

٣٧٦٦ (الفصل الثاني) إذا استثنى عيناً^(١) من ورقٍ ، أو ورقاً من عينٍ ، فاختلف أصحابنا في صحته ، فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح ، لما ذكرنا ، وهو قول محمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى : فيه روايتان ، واختار الخريز صحته ، لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ، ويعبر بأحدهما عن الآخر ، فإن قوماً يسمون تسعة دراهم ديناراً ، وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً . فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر ، فإذا قال : له على دينار إلا ثلاثة دراهم ، في موضع يُعبر فيه بالدينار عن تسعة ، كان معناه : له على تسعة دراهم إلا ثلاثة ، ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجوز إلغاؤه . وقد أمكن بهذا الطريق ، فوجب تصحيحه ، وقال أبو الخطاب : لا فرق بين العين ، والورق ، وبين غيرها ، ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب ، وغيرها ، وقد ذكرنا الفرق ، ويمكن الجمع بين الروایتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر ، أو لم قدره منه ، ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك ، والله أعلم .

(فصل)

٣٧٦٧

ولو ذكرنا نوعاً من جنس ، واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس . مثل أن يقول : له على عشرة أصع تمرًا برنيماً إلا ثلاثة تمرًا مقلماً لم يجوز ، لما ذكرناه من الفصل الأول . ويخالف العين والورق ، لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ، ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ، ويحتمل على قول الخريز جوازه ، لتقارب المقاصد من النوعين ، فهما كالعين ، والورق ، والأول أصح ، لأن العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك .

(فصل)

٣٧٦٨

فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه بخلاف علمناه ، فإن ذلك في كلام العرب ، وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى « فَلْيَلِثْ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا » وقال « فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ إِلَّا إِبْلِيسَ » وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الشهيد « يُكَفَّرُ عَنْهُ خَطَايَاهُ كُلُّهَا إِلَّا الدِّينَ » وهذا في الكتاب ، والسنة كثير ، وفي سائر كلام العرب ، فإذا أقر بشيء ، واستثنى منه كان مُقَرَّراً بالباقي بعد الاستثناء ، فإذا قال : له على مائة إلا عشرة . كان مُقَرَّراً بتسعين ، لأن الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل ، فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه ، ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه إنكارها ، وقول الله تعالى « فَلْيَلِثْ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا » إخبار بتسعمائة ، وخمسين ،

(١) العين : الذهب ، والورق : الفضة .

فلاستثناء بين أن المحسن المستثناء غير مرادٍ، كما أن التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام، وإن قال إلا نلتها، أو ربما صح، وكان مُقَرَّاً بالباقي بعد الاستثنى وإن قال: هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مُقَرَّاً بما سوى البيت منها، وكذلك إن قال: هذه الدار له، وهذا البيت لي صح أيضاً، لأنه في معنى الاستثناء، لسكونه أخرج بمض ما دخل في اللفظ الأول بكلام مقصّل.

وإن قال: له هؤلاء العبيد إلا هذا صح، وكان مُقَرَّاً بمن سواه منهم، وإن قال: إلا واحداً صح، لأن الإقرار بصح مجهولاً، فكذلك الاستثناء منه، ويرجع في تعيين المستثنى إليه، لأن الحكم يتعلق بقوله، وهو أعلم بمراده به.

وإن عيّن من عدا المستثنى صح، وكان الباقي له، فإن هلك العبيد إلا واحداً، فذكر أنه المستثنى قبل، ذكره القاضي، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقال أبو الخطاب: لا يُقبل في أحد الوجهين، وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي. لأنه يرفع به الإقرار كله، والصحيح أنه يُقبل، لأنه يُقبل تفسيره به في حياتهم، لمعنى هو موجود بعد موتهم، فقبل كحالة حياتهم، وليس هذا رفعاً للإقرار، وإنما تعذر تسليم المقرّ به لثقله، لمعنى يرجع إلى التفسير، فأشبه ما لو عيّنه في حياتهم، فتلف بعد تعيينه.

وإن قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً، وإن قتل الجميع، فله قيمة أحدهم، ويرجع في التفسير إليه، وإن قال: غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً، فهلكوا إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً، لأن المقرّ له يستحقّ قيمة المالكين، فلا يُقضى التفسير بالباقي إلى سقوط الإقرار، بخلاف التي قبلها.

(فصل)

٣٧٦٩

وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلا، فإذا قال: له على عشرة سوى درهم، أو ليس درهماً، أو خلا درهماً أو عدا درهماً، أو ما خلا، أو ما عدا درهماً، أو لا يكون درهماً، أو غير درهم بفتح الراء^(١) كان مُقَرَّاً بدسعة، وإن قال: غير درهم، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مُقَرَّاً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء، فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة، وإن لم يكن

(١) يريد الشارح بفتح الراء في غير، لأن غيراً تأخذ حكم المستثنى فتصب هي في مثل هذه الحالة ويجر المستثنى بإضافتها إليه، أما إذا ضمت الراء فتكون غير صفة للعشرة، ويكون تقدير الكلام: له عندى عشرة مغايرة للدرهم فيكون أقر بعشرة.

من أهل العربية لزمه تسمية لأن الظاهر أنه إما يربد الاستثناء اسكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة .

٣٧٧٠

(فصل — ل)

ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً بالكلام ، فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ، أو فصل بين المستثنى منه ، والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لأنه إذا سكت ، أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به ، فلم يرتفع ، بخلاف ما إذا كان في كلامه ، فإنه لا يثبت حكمه ، وينتظر ما يتم به كلامه ، ويتعلق به حكم الاستثناء ، والشرط ، والعطف ، والبدل ، ونحوه .

٣٧٧١

(فصل — ل)

ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف ، لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ ، واستثناء الكل رفع الكل ، فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد ، فإن قال : له على درهم ، ودرهم ، إلا درهماً ، أو ثلاثة دراهم ، ودرهمان ، إلا درهمن ، أو ثلاثة ونصف إلا نصفاً ، أو إلا درهماً ، أو خمسة وتسعون إلا خمسة ، لم يصح الاستثناء ، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء ، وهذا قول الشافعي ، وهو الذي يتضمنه مذهب أبي حنيفة ، وفيه وجه آخر : أنه يصح . لأن الواو العاطفة تجمع بين المعددين ، وتجعل الجملتين كالجلة الواحدة ، ومن أصلنا أن الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها ، كقولنا في قول الله تعالى « وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا » إن الاستثناء عاد إلى الجملتين ، فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ، ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لَا يَوْمَنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى تَكْرِيمَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ » والوجه الأول أولى ، لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين ، والاستثناء يرفع إحداها جميعها ، ولا نظير لهذا في كلامهم ، ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً ، لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ، ثم رفعه كله ، فلا يصح ، كالأستثنى منها . وهي غير معطوفة على بعضها ، فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين ، إنما أخرج من الجملتين معاً من أنصف بصفة ، فنظيره ما لو قال للبواب : من جاء يستأذن فاذن له ، وأعطه درهماً إلا فلاناً ، ونظيره مسألتنا ما لو قال : أكرم زيداً ، وعمرأ ، إلا عمرأ ، وإن قال : له على درهمان ، وثلاثة إلا درهمن ، لم يصح أيضاً ، لأنه يرفع الجلة الأولى كلها ، فأشبهه ما لو قال : أكرم زيداً ، وعمرأ ، إلا زيداً ، وإن قال : له على ثلاثة ، وثلاثة ، إلا درهمن خرج فيها وجهان ، لأنه استثنى أكثر الجلة التي تليه ، واستثناء الأكثر فاسد ، كاستثناء الكل .

٣٧٧٢

(فصل)

وإن استثنى استثناء بعد استثناء ، وعطف الثاني على الأول كان مضاعفاً إليه ، فإذا قال : له على عشرة إلا ثلاثة ، وإلا درهمين ، كان مُستثنىً لخمسة مُبْتَمِياً لخمسة ، وإن كان الثاني غيرَ مبطوف على الأول كان استثناءً من الاستثناء ، وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله : (قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا آمَنُجُوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا امْرَأَتَهُ قَدَرْنَا لَهَا مِنَ الْغَافِرِينَ) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الأول نفيًا ، والثاني إثباتاً ، فإن استثنى استثناءً ثالثاً كان نفيًا يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام ، فإذا قال : له عشرة إلا ثلاثة ، إلا درهماً ، كان مُقرّاً بثمانية ، لأنه أثبت عشرة ، ثم أثبت درهماً ، وبقي من الثلاثة المنفية درهان ، مُستثنيان من العشرة ، فيبقى منها ثمانية ، وسنزيد لهذا الفصل فروعاً في مسألة استثناء الأكثر .

٣٧٧٣

(فصل)

إذا قال : له هذه الدار هبة ، أو سُكْنى ، أو عارية ، كان إقراراً بما أبدل به كلامه ، ولم يكن إقراراً بالدار ، لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله ، فصحّ ، كما لو أقرّ بجملة ، واستثنى بعضها ، وذكر القاضى : في هذا وجهاً : أنه لا يصحّ ، لأنه استثناء من غير الجنس ، وليس هذا استثناءً إنما هذا بدل ، وهو سائغ في اللغة . ويُسمّى هذا النوع من البديل بدل الاشتغال ، وهو أن يُبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء ، كقوله : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال : (وَمَا أُنْسَانِيهِ إِلَّا الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ) أى أنساني ذِكْرَهُ ، وإن قال : له هذه الدار ثلثها ، أو قال رُبْعُهَا صحّ ، ويكون مُقرّاً بالجزء الذى أبدله ، وهذا بدل البعض ، وليس ذلك باستثناء ، ومثله قوله تعالى : (قُمْ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِصْفَهُ) وقوله : (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يُخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه . لولاه ، ويُفارقة في أنه يجوز أن يُخرج أكثر من النصف ، وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ، ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحجّ من الناس ، وهو أقلُّ من نصفهم ، وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال : له هذه الدار سُكْنى ، أو عارية ، ثبت فيها حكم ذلك ، وله أن لا يسكنه أبّاها ، وأن يعود فيما أعاره .

٣٧٧٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ومن ادّعى عليه شيء ، وقال : قد كان له على ، وقضيته لم يكن ذلك إقراراً﴾ .

حكى ابن أبى موسى أن فى المسألة روايتين :

إحداها : أن هذا ليس بإقرار ، اختاره القاضى ، وقال : لم أجد عن أحد رواية بغير هذا .
والثانية : أنه مقرّ بالحقّ مدّيع لقضائه ، فعليه البينة بالقضاء ، وإلاّ حلف غريمه وأخذ ، واختاره
أبو الخطاب ، وهو قول أبى حنيفة : لأنه أقرّ بالدين ، وادّعى القضاء ، فلم يُقبل دعواه ، كما
لو ادّعى القضاء بكلام منفصل ، ولأنه رفع جميع ما أثبتته ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكلّ ، وللشافعى
قولان كالْمذهبين .

ووجه قول الخرقى : أنه قول متصل ، يمكن صحته ، ولا تناقض فيه ، فوجب أن يُقبل ، كاستثناء
البعض ، وفارق المنفصل . لأن حكم الأول قد استقرّ بسكوته عليه ، فلا يمكن رفعه بعد استقراره ، ولذلك
لا يرفع بعضه باستثناء ، ولا غيره ، فما أتى بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة ، لا تُقبل الا ببينة ،
وأما استثناء الكلّ فمتناقض ، لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف ، وليس عليه شىء .

(فصل)

٣٧٧٥

وإن قال : له على مائة وقضيته منها خمسين ، فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال : وقضيتها ، وإن
قال له إنسان : لى عليك مائة ، فقال : قضيتك منها خمسين ، فقال القاضى : لا يكون مقرّاً بشىء ، لأنّ
الخمسين التى ذكر أنه قضاها فى كلامه ما تمنع بقاءها ، وهو دعوى القضاء ، وباقي المائة لم يذكرها ، وقوله :
منها يحتمل أن يُريد بها مما يدّعيه ، ويحتمل ممّا على ، فلا يثبت عليه شىء بكلام مُحتمل . ويجبىء على
قول من قال بالرواية الأخرى أن يلزمه الخمسون التى ادّعى قضاها . لأنّ فى ضمن دعوى القضاء اقراراً
بأنّها كانت عليه ، فلا تُقبل دعوى القضاء بغير بيّنة .

(فصل)

٣٧٧٦

وإن قال : كان له على ألف ، وسكت ، لزمه الألف فى ظاهر كلام أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة ، وأحد
قول الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يلزمه شىء ، وليس هذا بإقرار . لأنه لم يذكر عليه شيئاً فى الحال ، إنما
أخبر بذلك ، فجاز فى ماضٍ فلا يثبت فى الحال ، ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت .

ولنا : أنه أقرّ بالوجوب ، ولم يذكر ما يرفعه ، فبقى على ما كان عليه ، ولهذا لو تنازعا داراً ، فأقرّ
أحدهما للآخر أنّها كانت ملكه حكم بها له ، إلاّ أنه ههنا إن عاد فادّعى القضاء ، أو الإبراء ، سُمعت دعواه ،
لأنه لا تنافى بين إقراره ، وبين ما يدّعيه .

(فصل)

٣٧٧٧

وإن قال : له على ألف ، قضيته إياها لزمه الألف ، ولم يُقبل دعوى القضاء ، وقال القاضى : يُقبل .

لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء مُتَّصِلاً ، فأشبهه مالمو قول : كان له على ، وقضيته ، وقال ابن أبي موسى : ان قال : قضيتُ جميعه لم يُقبل الا ببيئته ، ولزمه ما أقر به ، وله اليمين على المقر له ، ولو قال : قضيتُ بعضه قبل منه في إحدى الروايتين . لأنه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل . فأشبهه مالمو استثناءه ، بخلاف ما اذا قال : قضيتُ جميعه ، لسكونه رفع جميع ما هو ثابت ، فأشبهه استثناء الكل .

ولنا : أن هذا قول متناقض ، إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضا ، فإن كونه عليه يقتضى بقاءه في ذمته ، واستحقاق مطالبته به ، وقضاؤه يقتضى براءة ذمته منه ، وتحريم مطالبته به ، والإقرار به يقتضى ثبوته ، والقضاء يقتضى رفعه ، وهذان ضدان ، لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد ، بخلاف ما إذا قال : كان له على ، وقضيته ، فإنه أخبر بهما في زمانين ، ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ، ويقضى ما كان ديناً ، وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض ، لاستحالة بقاء ألف عليه ، وقد قضى بعضه .

وفارق الاستثناء . فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه ، فقول الله تعالى (فَلَيْسَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا اِخْمَيسِينَ عَامًا) عبارة عن تسمانية ، وخمسين ، أما القضاء فإنما يرفع جزءاً كان ثابتاً ، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء .

وإن وصل لإقراره بما يسقطه ، فقال : له على ألف من ثمن خمر ، أو خنزير ، أو من ثمن طعام اشتريقه ، فهلك قبل قبضه ، أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه ، أو تكفلت به على أتى بالخيار ، لزمه الألف ، ولم يُقبل قوله في إسقاطه . ذكره أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي . وذكر القاضي : أنه إذا قال : له على ألف زُيُوف ، ففسره برصاص ، أو نحاس لم يُقبل . لأنه رفع كل ما اعترف به ، وقال في سائر الصور التي ذكرناها : يُقبل قوله . لأنه عزا لإقراره إلى سببه ، فقبل ، كما لو عزا إلى سبب صحيح .

ولنا : أن هذا يناقض ما أقر به فلم يُقبل ، كالصورة التي سلمها ، وكما لو قال : له على ألف لا يلزمني ، أو يقول : دفع جميع ما أقر به ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكل ، وغير خاف تناقض كلامه . فإن ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور ، وإقراره بإخبار بثبوته ، فيقنانيان ، وإن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه .

(فصل)

٣٧٧٨

ولا يُقبل رجوع المقر عن إقراره إلا فيما كان حذاً لله تعالى ، يُدْرَأ بالشبهات ، ويحطاط لإسقاطه ،

فَأَمَّا حَقُوقُ الْآدَمِيِّينَ ، وَحَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى الَّتِي لَا تُدْرَأُ بِالشَّهَادَاتِ ، فَالزَّكَاةُ ، وَالسَّكْفَارَاتُ ، فَلَا يُقْبَلُ رَجُوعُهُ عَنْهَا ، وَلَا تَعْمَلُ فِي هَذَا خِلَافًا .

فَإِذَا قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ لَزَيْدٍ ، لَا ، بَلْ لِعَمْرٍو ، أَوْ ادَّعَى زَيْدٌ عَلَى مَيِّتٍ شَيْئًا مَعِينًا مِنْ تَرَكَتِهِ ، فَصَدَّقَهُ ابْنُهُ ، ثُمَّ ادَّعَاهُ عَمْرٍو ، فَصَدَّقَهُ ، حَكَمَ بِهِ لَزَيْدٍ ، وَوَجِبَتْ عَلَيْهِ غَرَامَتُهُ لِعَمْرٍو ، وَهَذَا ظَاهِرُ أَحَدِ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَا يَغْرَمُ لِعَمْرٍو شَيْئًا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . لِأَنَّهُ أَقْرَبَ لَهُ بِمَا عَلَيْهِ الْإِفْرَارُ بِهِ وَإِنَّمَا مَنَعَهُ الْحَكْمُ مِنْ قَبُولِهِ ، وَذَلِكَ لَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ .

وَلِنَا : أَنَّهُ حَالُ بَيْنِ عَمْرٍو ، وَبَيْنَ مَلَكَهَ الَّذِي أَقْرَبَ لَهُ بِهِ بِإِفْرَارِهِ لِنَفْسِهِ ، فَلَزِمَهُ غَرْمُهُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى آخِرٍ بِإِعْتِقَاقِ عِبْسَدِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ ، أَوْ كَمَا لَوْ رَمَى بِهِ فِي الْبَحْرِ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بِهِ ، وَإِنْ قَالَ : غَضِبْتُ هَذِهِ الدَّارَ مِنْ زَيْدٍ ، لَا ، بَلْ مِنْ عَمْرٍو ، أَوْ غَضِبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ ، وَغَضِبَهَا زَيْدٌ مِنْ عَمْرٍو ، حَكَمَ بِهَا لَزَيْدٍ ، وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ، وَيَغْرَمُهَا لِعَمْرٍو ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَا يَضْمَنُ لِمَا تَقْدُمُ .

وَلِنَا : أَنَّهُ أَقْرَبَ بِالْفَصْبِ الْمَوْجِبِ لِلضَّمَانِ ، وَالرَّدِّ إِلَى الْمَفْصُوبِ مِنْهُ ، ثُمَّ لَمْ يَرُدَّ مَا أَقْرَبَ بِفَصْبِهِ ، فَلَزِمَهُ ، ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ ، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ : اسْتَوْدَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ قَالَ : صَدَقْتَ ، ثُمَّ قَالَ : اسْتَوْدَعْنِيهِ رَجُلٌ آخَرُ ، فَالثَّوْبُ لِلأَوَّلِ ، وَيَغْرَمُ قِيَمَتَهُ لِلآخِرِ ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا الْفَصْلِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ إِقْرَارُهُ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، أَوْ مُنْفَصِلٍ .

(فصل)

٣٧٧٩

فَإِنْ قَالَ : غَضِبْتُ هَذِهِ الدَّارَ مِنْ زَيْدٍ ، وَمَلَكَهَا لِعَمْرٍو ، لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَى زَيْدٍ لِإِفْرَارِهِ لَهَا بِأَنَّهُ كَانَتْ فِي يَدِهِ ، وَهَذَا يَقْتَضِي كَوْنَهَا فِي يَدِهِ بِحَقِّ ، وَمَلَكَهَا لِعَمْرٍو ، لَا يَنَاقِي ذَلِكَ ، لِأَنَّهَُا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِي يَدِ زَيْدٍ بِإِجَارَةٍ ، أَوْ غَارِيَةٍ . أَوْ وَصِيَّةٍ ، وَلَا يَغْرَمُ لِعَمْرٍو شَيْئًا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَغْرِيطٌ ، وَفَارَقَ هَذَا مَا إِذَا قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ لَزَيْدٍ ، بَلْ لِعَمْرٍو ، لِأَنَّهُ أَقْرَبَ لِلثَّانِي بِمَا أَقْرَبَ بِهِ لِلأَوَّلِ ، فَكَانَ الثَّانِي رَجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ ، لِمُتَعَارَضِهِمَا ، وَهَهُنَا لَا تَمَارُضُ بَيْنَ إِقْرَارِيهِ . وَإِنْ قَالَ : مَلَكَهَا لِعَمْرٍو ، وَغَضِبَهَا مِنْ زَيْدٍ ، فَكَذَلِكَ لَافْرَقَ بَيْنَ التَّقْدِيمِ ، وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْمُتَّصِلِ ، وَالْمُنْفَصِلِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقِيلَ : يَلْزِمُهُ دَفْعُهَا إِلَى عَمْرٍو ، وَيَغْرَمُهَا لَزَيْدٍ ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَبَ بِهَا لِعَمْرٍو أَوَّلًا ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالْيَدِ لَزَيْدٍ ، وَهَذَا وَجْهٌ حَسَنٌ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : هَذَا الْأَلْفُ دَفْعُهُ إِلَى زَيْدٍ ، وَهُوَ لِعَمْرٍو . أَوْ قَالَ : هُوَ لِعَمْرٍو ، وَدَفَعَهُ إِلَى زَيْدٍ ، فَكَذَلِكَ عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ .

(فصل)

٣٧٨٠

وَإِنْ قَالَ : غَضِبْتُهَا مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ هِيَ لِأَحَدِهِمَا صَحَّ الْإِفْرَارُ . لِأَنَّهُ يَصَحُّ بِالْمَجْمُولِ ، فَيَصَحُّ بِالْمَجْمُولِ ،

و يُطالب بالبيان ، فإن عَيَّن أحدهما دُفعت إليه ، ويحلف للآخر إن ادّعاها ، ولا يفرم له شيئاً ، لأنه لم يقرّ له بشيء ، وإن قال : لا أهرّفه عينا فصدّقه ، نزع من يده ، وكما حصصين فيها ، وإن كذّباه فعليه اليمين : أنه لا يعلم ، ونزع من يده . فإن كان لأحدهما بيّنة حكم له بها ، وإن لم تكن له بيّنة أقرّ عدا بينهما . فمن قرع صاحبه حلف ، وسألت إليه ، وإن بين الغاصب بعد ذلك مالهما قبل منه ، كما لو بيّنه ابتداءً ، ويحتمل أنه إذا ادّعى كلّ واحد منهما أنّه المصوب منه توجّهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه ، فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر ، لأن ذلك يجري مجرى تعيينه ، وإن نكّل عن اليمين لها جُمِعَ فسألت إلى أحدهما بقرعة ، أو غيرها ، لزمه غرمها للآخر ، لأنّه نكّل عن يمين توجّهت عليه ، ففُضِيَ عليه كما لو ادّعاها وحده .

(فصل)

٣٧٨١

فإن كان في يده عبدان فقال : أحد هذين لزيد ، طواب بالبيان ، فإن عَيَّن أحدهما فصدّقه زيد أخذه ، وإن قال : هذا لي ، والعبد الآخر ، فعليه اليمين في العبد الذي يُنكره . وإن قال زيد : إنّما لي العبد الآخر ، فالقول قول المقرّ مع يمينه ، في العبد الذي يُنكره . ولا يدفع إلى زيد العبد المقرّ به ، لكن يقرّ في يد المقرّ ، لأنه لم يصحّ إقراره به في أحد الوجهين ، وفي الآخر يُنزع من يده ، لاعترافه بأنه لا يملكه ، ويكون في بيت المال ، لأنه لا مالك له معروف ، فأشبه ميراث من لا يُعرف وارثه ، فإن أبي التعمين فعينه المقرّ له ، وقال : هذا عهدي ، طوب بالجواب ، فإن أنكر حلف ، وكان بمنزلة تعيينه للآخر ، وإن نكّل عن اليمين يُقضى عليه ، وإن أقرّ له فهو كتعيينه .

(فصل)

٣٧٨٢

ولو أقرّ لرجل بعيد ، ثم جاءه به ، فقال : هذا الذي أقررتُ به ، فقال : ليس هو هذا . إنّما هو آخر ، فعلى المقرّ اليمين : أنه ليس له عنده سواه . ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقرّ له . لأنه لا بدّعيه . وإن قال : هذا لي ، ولى عندك آخر . سلّم إليه هذا ، وحلف له على نفي الآخر ، وكلّ من أقرّ لرجل بملك ، فكذّبه بطل إقراره . لأنه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به . وفي المال وجهان :

أحدهما : يترك في يد المقرّ . لأنه كان محكوماً له به . فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه .

والثاني : يُؤخذ إلى بيت المال ، لأنه لم يثبت له مالك . وقيل : يُؤخذ ، فيُحفظ حتى يظهر مالكو . لأنه لا بدّعيه أحد . ومذهب الشافعيّ مثل هذا ، فإن عاد أحدهما ، فكذّب نفسه دفع إليه . لأنه بدّعيه ، ولا مُنازع له فيه ، وإن كذّب كلّ واحد منهما نفسه . فرجع المقرّ عن إقراره ، وأدّعه المقرّ له . فإن كان باقياً في يد المقرّ فالقول قوله . مع يمينه ، كما لو لم يقرّ به لغيره . وإن كان معدوماً بتلف ، أو إباق ، ونحوه بغير تمديد من أحدهما ، فلا شيء فيه ، من يمين ، ولا غيرها . وإن كان بتعدي من أحدهما فالقول فيه قول المقرّ مع يمينه ،

كما لو كان باقياً ، فإذا حلف سقط عنه الضمان . ان كان تلفه بتمديده . ووجب له الضمان على الآخر . ان كان تلفه بتمديده منه ، والله أعلم .

٣٧٨٣

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقر بعشرة دراهم ، ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه . ثم قال : زبوقاً . أو صفاراً . أو إلى شهر . كانت عشرة جياداً ، وافية حالة ﴾

وجهه : أن من أقر بدراهم ، وأطلق ، اقتضى إقراره الدراهم الوافية ، وهي دراهم الإسلام ، كل عشرة منها وزر سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانق ، واقتضى أن تكون جياداً ، حالة ، كما لو باعه بعشرة دراهم ، وأطلق ، فإنها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ، وأخذ في كلام غير ما كان فيه ، استقرت عليه ، كذلك ، فإن عاد ، فقال : زبوقاً — بمعنى رديئة — أو صفاراً ، وهي الدراهم الناقصة ، مثل دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانق ، وذلك ثلثا درهم ، أو إلى شهر ، بمعنى مؤجلة لم يقبل منه ، لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ، ويرفعه بكلام منفصل ، فلم يقبل كالاستثناء المنفصل ، وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الإقرار بها ديناً ، أو ودية ، أو غصباً ، وقال أبو حنيفة : يقبل قوله في الغصب ، والودية ، لأنه أقر بفعل في عين ، وذلك لا يقتضى سلامتها ، فأشبهه ما لو أقر بفصب عبداً ، ثم جاء به معيباً .

ولنا : أن إطلاق الاسم يقتضى الوازنة ، الجياد ، فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك ، كالدين ، ويفارق العبد ، فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه ، فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل ، أو سكت للتنفيس ، أو اعترضته سمة ، أو نحو ذلك ، ثم وصفها بذلك ، أو شيء منه قبل منه ، وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل ، وهو قول أبي حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعي . لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق ، فلم يقبل ، كما لو قال : له على دراهم قضيته إياها ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يقبل تفسيره بالناقصة ، وقال القاضي : إن قال : له على عشرة دراهم ناقصة قبل قوله ، وإن قال : صفاراً ، وللناس دراهم صفار قبل قوله أيضاً ، وإن لم تكن لهم دراهم صفار لزمه وازنة كما لو قال : دريهم^(١) ، لزمه درهم وازن ، وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل ، فقبل منه ، كاستثناء البعض ، وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة ، والناقصة ، والزئوف ، والجيدة ، وكونها عليه يحتمل الحلول ، والتأجيل ، فإذا وصفها بذلك تقيدت به ، كما لو وصف الثمن به ، فقال : بعثك بعشرة دراهم مؤجلة ، فاقصة ، وثبوتها على غير

(١) أى بصيغة التصغير .

هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحّة تقييدها به ، كالتمن ، وقولهم : إن التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح ، وإنما يؤخّره ، فأشبهه التمن المؤجل .

بحقّقه أن الدرهم ثبت في الذمة على هذه الصفات ، فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سدّ باب الإقرار بها على صفنها ، وعلى ما ذكرناه لا سبيل له إلى الإقرار بها إلّا على وجه يؤخذ بغير ماهو واجب عليه ، فيفسد باب الإقرار ، وقول من قال : إن قوله صفاراً ينصرف إلى المقدار لا يصحّ ، لأن مساحة الدرهم لا تُعتبر في الشرع ، ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدّرة . وإنما يُعتبر الصغر ، والكبر في الوزن ، فيرجع إلى تفسير المقرّ ، فأما إن قال : زبواً ، وفسرها بمغشوشة ، أو ممّيبة عيباً بنقصها قبل تفسيره ، وإن فسرها بنحاس ، أو رصاص ، أو ما لا قيمة له لم يُقبل ، لأنّ تلك ليست دراهم على الحقيقة ، فيكون تفسيره به رجوعاً عمّا أقرّ به فلم يُقبل ، كاستثناء الكلّ .

(فصل)

٣٧٨٤

وإن أقرّ بدرام ، وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة ، كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق ، وخوّارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ، ونصفاً ، ومكة درهمهم ناقص ، وكذلك المغرب ، أو في بلد درهمهم مغشوشة ، كصر ، والموصل ، ففيه وجهان :
أولهما : يلزمه من دراهم البلد ، ودنانيره ، لأنّ مُطلق كلامهم يُحمل على عرف بلدهم ، كما في البيع والأثمان .

والثاني : تلزمه الموازنة الخالصة من الغشّ ، لأن إطلاق الدرهم في الشرع ينصرف إليها ، بدليل أن بها تقدير نُصّب الزكاة ، ومقادير الدّيات ، فكذلك إطلاق الشخص ، وفارق البيع ، فإنّه إيجاب في الحال ، فاختصّ بدرام الموضع الذي هما فيه ، والإقرار بإخبار عن حقّ سابق ، فانصرف إلى دراهم الإسلام .

(فصل)

٣٧٨٥

وإن أقرّ بدرام ، وأطلق ، ثم فسرها بسكّة البلد الذي أقرّ بها فيه ، قبل ، لأن إطلاقه ينصرف إليه ، وإن فسرها بسكّة غير سكّة البلد ، أجود منها ، قبل ، لأنه يقرّ على نفسه بما هو أغلظ ، وكذلك إن كانت مثلها ، لأنّه لا يتمّ في ذلك ، وإن كانت أدنى من سكّة البلد ، لسكّتها مساوية في الوزن احتمال أن لا يُقبل ، لأنّ إطلاقها يقتضى دراهم البلد ، ونقده ، فلا يُقبل منه دونها ، كما لا يُقبل في البيع ، ولأنّها ناقصة القيمة ، فلم يُقبل تفسيره بها ، كالناقصة وزناً ، ويحتمل أن يُقبل منه ، وهو قول الشافعي ، لأنّه يحتمل ما فسره به ، وفارق الناقصة ، لأنّ إطلاق الشرع الدرهم لا يتناولها ، بخلاف هذه ، ولهذا يتعلّق بهذه مقدار النصاب في الزكاة ، وغيره ، وفارق التمن ، فإنه إيجاب في الحال ، وهذا إخبار عن حقّ سابق .

٣٧٨٦

(فصل)

وإن قال : له على درهم كبير ، لزمه درهم من دراهم الإسلام ، لأنه كبير في العرف ، وإن قال : له على دريهم ، فهو كالألف : درهم ، لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته ، أو لقلة قدره عنده ، وتحقيره ، وقد يكون لمحبته ؛ كما قال الشاعر :

بِذَبَالِكَ الْوَادِي أَهِيْمُ وَلَمْ أَقُلْ بِذَبَالِكَ الْوَادِي وَذَبَالِكَ مِنْ زُهْدٍ
وَلَكِنْ إِذَا مَا حُبَّ شَيْءٍ تَوَلَّيْتُ يَدِ أَحْرَفِ التَّصْغِيرِ مِنْ شِدْقِ الْوَجْدِ

وإن قال : له على عشرة دراهم عدداً ، لزمته عشرة معدودة ، وازنة ؛ لأن إطلاق الدراهم يقتضى وازنة ، وذكر العدد لا يُنافيها ؛ فوجب الجمع بينهما ، فإن كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن ، لحكمه حكم ما لو أقر بها في بلد أوزانهم ناقصة ، أو دراهمهم منشوشة ؛ على ما فصل فيه .

٣٧٨٧

(فصل)

وإذا أقر بدرهم ؛ ثم أقر بدرهم ، لزمه درهم واحد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يلزمه درهمان ، كما لو قال : له على درهم ، ودرهم ، ولا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد ، أو في أوقات ، أو في مجلس واحد ، أو بمجالس .

ولنا : أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول ، كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً ، وهوداً ، وصالحاً ، ولوطاً ، وشعيباً ، وإبراهيم ، وموسى ، وعيسى ، ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى ، كذا ههنا ، فإن وصف أحدهما ، وأطلق الآخر ، فكذلك ، لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف ، أطلقه في حال ، ووصفه في حال ، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين . كان تأكيذاً ، لما ذكرنا ، وإن وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى ، فقال : درهم من ثمن مبيع ، ثم قال : له على درهم من قرض ، أو درهم من ثمن ثوب ، ثم قال : درهم من ثمن عبد ، أو قال : درهم أبيض ، ثم قال : درهم أسود ، فهما درهمان ، لأنهما متغايران .

٣٧٨٨

(فصل)

وإن قال : له على درهم ، ودرهم ، أو درهم ، فدرهم ، أو درهم ، ثم درهم ، لزمه درهمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، وذكر القاضي وجهاً ، فيما إذا قال : درهم ، فدرهم ، وقال : أردت : درهم ، فدرهم ، لازم لي ، أنه يُقبل منه ، وهو قول الشافعي : لأنه يحتمل الصفة .

ولنا : أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة ، فأشبهت الواو ، ثم ، ولأنه عطف شيئاً على شيء .

بالفاء ، فافتضى ثبوتها ، كما لو قال : أنت طالق ، فطالق ، وقد سلمه الشافعي ، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد ، لا يفهم حالة الإطلاق ، فلا يُقبل تفسيره به ، كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زُبوف ، أو صغار ، أو مؤجلة .

وإن قال : له على درهم ، ودرهمان ، لزمته ثلاثة .

وإن قال : له على درهم ، ودينار ، أو فدينار ، أو قفيز حنطة ، ونحو ذلك لزمه ذلك كله .

وإن قال : له على درهم ، ودرهم ، ودرهم . لزمته ثلاثة ، وحكى ابن أبي موسى ، عن بعض أصحابنا : أنه إذا قال : أردت بالثالث تأكيد الثاني ، وبيانه أنه يُقبل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي . لأن الثالث في لفظ الثاني ، فظاهر مذهبه : أنه يلزمه الثلاثة ، لأن الواو للعطف ، والعطف يقتضى المغايرة ، فوجب أن يكون الثالث غير الثاني ، كما كان الثاني غير الأول ، والإقرار لا يقتضى تأكيداً ، فوجب حمله على العدد ، وكذلك الحكم إذا قال : له على درهم ، فدرهم ، فدرهم ، أو درهم ، ثم درهم ، ثم درهم ، وإن قال : له على درهم ، ودرهم ، ثم درهم ، أو درهم ، فدرهم ، ثم درهم ، أو درهم ، ثم درهم ، فدرهم ، لزمته الثلاثة ، وجهاً واحداً ، لأن الثالث مُغاير للثاني ، لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما ، فلم يحتمل التأكيد .

٣٧٨٩

(فصل)

وإن قال : له على درهم ، بل درهمان ، أو درهم ، لسكن درهمان ، لزمه درهمان ، وبه قال الشافعي : وقال زفر ، وداود : يلزمه ثلاثة ، لأن بل للاضراب ، لأنه لما أقرّ بدرهم ، وأضرب عنه لزمه لأنه لا يُقبل رجوعه عما أقرّ به ، ولزمه الدرهمان اللذان أقرّ بهما .

ولنا : أنه إنما نفى الاقتصار على واحد ، وأثبت الزيادة عليه ، فأشبه . ما لو قال : له على درهم ، بل أكثر ، فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين ، وإن قال : له على درهم بل درهم ، أو لسكن درهم ، ففيه وجهان : أحدهما : يلزمه درهم واحد ، لأن أحمد قال : فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، لا ، بل أنت طالق ، أنها لا تطلق إلا واحدة ، وهذا في معناه ، وهذا مذهب الشافعي : لأنه أقرّ بدرهم مرتين ، فلم يلزمه أكثر من درهم ، كما لو أقرّ بدرهم ، ثم أنكره ، ثم قال : بل على درهم ، ولسكن للاستدراك ، فهي في معنى بل ، إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد التلخُّد ، إلا أن يذكر بعدها جملة .

والوجه الثاني : يلزمه درهمان ، ذكره ابن أبي موسى ، وأبو بكر عبد العزيز . ونقيضه قول زفر ، وداود ، لأن ما بعد الإضراب يُغايّر ما قبله ، فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقرّ به بعده ، فيجب الاثنان ، كما لو قال : له على درهم ، بل دينار ، ولأن بل من حروف العطف ،

والمعطوف غير المعطوف عليه . فوجباً جميعاً ، كما لو قال : له على درهم ، ودرهم ، ولأننا لو لم نوجب عليه إلا درهماً جعلنا كلامه لغواً ، وإضرابه عنه غير مفيد ، والأصل في كلام العاقل . أن يكون مفيداً . ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ، ولا بعضه مثل أن يقول له : على درهم ، بل دينار ، أو ديناران ، أو له على قفيز حنطة . بل قفيز شهير ، أو هذا الدرهم ، بل هذان ، لزمه الجميع ، بغير خلاف علمناه ، لأن الأول لا يمكن أن يكون الثاني ، ولا بعضه ، فكان مقرراً بهما ، ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما ، وكذلك كل جاتين أقرت بإحداها ، ثم رجع إلى الأخرى لزمها ، وإن قال : على درهمان ، بل درهم ، أو عشرة ، بل تسعة ، لزمه الأكثر ، لأنه أضرب عن واحد ، ونفاه بعد إقراره به ، فلم يقبل نفيه له ، بخلاف الاستثناء ، فإنه لا ينفي شيئاً أقر به ، وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء ، فإذا قال : له عشرة إلا درهماً ، كان معناه تسعة .

(فصل)

٣٧٩٠

وإن قال : له على درهم ، قبله درهم ، أو بعده درهم ، لزمه درهمان ، وإن قال : قبله درهم ، وبعده درهم ، لزمه ثلاثة . لأن قبل ، وبعده ، تستعمل للتقديم ، والتأخير في الوجوب ، وإن قال : له على درهم فوق درهم ، أو تحت درهم ، أو مع درهم ، فقال القاضي : يلزمه درهم ، وهو أحد قولي الشافعي . لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة ، أو فوق درهم لي ، وكذلك تحت درهم ، وقوله : معه درهم ، يحتمل . معه درهم لي ، وكذلك مع درهم ، فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب : يلزمه درهمان ، وهو القول الثاني للشافعي . لأن هذا اللفظ يجري مجرى العطف ، لكونه يقتضي ضمّ درهم آخر إليه ، وقد ذكر ذلك في سياق الإقرار ، فالظاهر أنه إقرار ، ولأن قوله : على يقتضي : في ذمتي ، وليس المقر في ذمة نفسه درهم ، مع درهم المقر له . ولا فوقه . ولا تحته . فإنه لا يثبت الإنسان في ذمة نفسه شيء ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إن قال : فوق درهم لزمه درهمان ، لأن فوق تقتضي في الظاهر الزيادة ، وإن قال : تحت درهم لزمه درهم واحد ، لأن تحت تقتضي النقص .

ولنا : أن حمل كلامه على معنى العطف ، فلا فرق بينهما ، وإن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهماً واحداً ، سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة ، أو نقصها ، وإن قال : له على درهم قبله دينار ، أو بعده ، أو قفيز حنطة ، أو معه ، أو فوقه ، أو تحته ، أو مع ذلك ، فالقول في ذلك ، كالقول في الدرهم ، سواء .

(فصل)

٣٧٩١

وإن قال : له على ما بين درهم ، وعشرة ، لزمته ثمانية ، لأن ذلك : ما بينهما ، وإن قال : من درهم لعشرة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : تلزمه تسعة ، وهذا يحكى عن أبي حنيفة ، لأن من لا ابتداء الغاية ، وأول الغاية منها ، وإلى ، لانتهاؤها ، فلا يدخل فيها ، كقوله تعالى (ثُمَّ أُنِمْوا الصَّيَّامَ إِلَى اللَّيْلِ) .
والثانى : تلزمه ثمانية ، لأن الأول والعاشر حدان ، فلا يدخل في الإفراق ، ولزمه ما بينهما ، كالتى قبلها :

والثالث : تلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين ، فيدخل فيها ، كالأول ، وكما لو قال : قرأت القرآن من أوله إلى آخره ، ، فإن قال : أردت بقولى من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها ، أى الواحد ، والاثنان ، وكذلك إلى العشرة ، لزمه خمسة ، وخمسون درهما ، واختصار حسابه أن تزيد أول العدد ، وهو الواحد على العشرة ، فيصير أحد عشرة ، ثم تضربها في نصف العشرة ، فما بلغ فهو الجواب .

(فصل)

٣٧٩٢

وإن قال : له على دراهم ، لزمه ثلاثة . لأنها أقل الجمع ، وإن قال : له على دراهم كثيرة ، أو وافرة أو عظيمة ، لزمه ثلاثة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يقبل تفسيره بدون العشرة ، لأنها أقل جمع الكثرة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يقبل أقل من مائتين ، لأن بها يحصل الغنى ، ونجى الزكاة .

وانسا : أن الكثرة ، والعظمة لاحد لها شرعا ، ولا لغة ، ولا عرفا ، وتختلف بالإضافات ، وأحوال الناس ، فالثلاثة أكثر مما دونها ، وأقل مما فوقها ، ومن الناس من يستعظم اليسير ، ومنهم من لا يستعظم الكثير ، ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى مادونها ، أو كثيرة في نفسه ، فلا تجب الزيادة بالاحتمال .

(فصل)

٣٧٩٣

وإن قال : له على درهمن في عشرة ، وقال : أردت الحساب لزمه عشرون ، وإن قال : أردت درهمن مع عشرة ، ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة ، لأن كثيرا من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى ، وإن كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل ، لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ، ويحتمل أن يقبل . لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامة .

وإن قال أردت درهمن في عشرة لى لزمه درهمن ، لأنه يحتمل ما يقول ، وإن قال درهمن في دينار لم يحتمل الحساب ، وسئل عن مراده ، فإن قال : أردت العطف ، أو معنى مع لزمه الدرهمان ، والدينار ، وإن قال أسلتهما في دينار ، فصدقه المقر له بطل إقراره ، لأن سأم أحد التقدين في الآخر لا يصح ، وإن كذبه فالقول قول المقر له ، لأن المقر وصل إقراره بما يسقطه ، فلزمه ما أقر به ، وبطل قوله في دينار .

وكذلك إن قال : له على درهمن في ثوب ، وقتره بالعلم ، أو قال : في ثوب اشتريته منه إلى سنة

فصدقه بطل إقراره ، لأنه إن كان بعد التفريق بطل السلم ، وسقط الثمن ، وإن كان قبل التفريق فالقرء بالخيار بين الفسخ ، والإمضاء ، وإن كذبه المقر له فاقول قوله مع يمينه ، وله الدرهمان .

(فصل ل)

٣٧٩٤

وإن قال : له عندى درهم فى ثوب ، أو فى كيس ، أو زيت فى جرّة ، أو ثبن فى غرارة^(١) أو تمر فى جراب^(٢) أو سكين فى قراب^(٣) ، أو فص فى خاتم ، أو كيس فى صندوق ، أو قال : غصبت منه ثوباً فى مندبل ، وزيتاً فى زقّ فيه وجهان :

أحدهما : يكون مُقرّاً بالمظروف دون الظرف ، هذا اختيار ابن حامد ، ومذهب مالك ، والشافعى . لأنّ إقراره لم يتناول الظرف ، فيحتمل أن يكون فى ظرف للمقرّ ، فلم يلزمه . والثانى : يلزمه الجميع ، لأنّه ذكر ذلك فى سياق الإقرار ، ويصالح أن يكون مُقرّاً به ، فلزمه ، كما لو قال : له عندى عبد عليه عمامة ، وقال أبو حنيفة : فى الغصب يلزمه ، ولا يلزمه فى بقية الصور ، لأنّ المندبل يكون ظرفاً للثوب ، فالظاهر أنّه ظرف له فى حال الغصب ، صار كأنه قال : غصبتُ ثوباً ومندبلاً . ولنا : أنه يحتمل أن يكون المندبل للغاصب ، وهو ظرف للثوب ، فيقول : غصبتُ ثوباً فى مندبل لى ، ولو قال : هذا لم يكن مُقرّاً بفصه ، فإذا أطلق كان مُحتملاً له ، فلم يكن مُقرّاً بفصه ، كما لو قال : غصبتُ دابةً فى اصطبلها ، أو له على ثوب فى مندبل ، وإن قال : له عندى جرّة فيها زيت ، أو جراب فيه تمر ، أو قراب فيه سكين ، فعلى وجهين ، وإن قال : له على خاتم فيه فص ، فكذاك ، ويحتمل أن يكون مُقرّاً به بفصّه وجهاً واحداً ، لأنّ الفصّ جزء من أجزاء الخاتم ، فأشبهه مالك قال : له على ثوب فيه علم^(٤) ولو قال : له عندى خاتم ، وأطلق لزمه الخاتم بفصّه ، لأن اسم الخاتم يجمعهما ، وإن قال : له على ثوب مُطرّز لزمه الثوب بطرازه .

(فصل ل)

٣٧٩٥

وإن قال : له عندى دار مفروشة ، أو دابة مُسرّجة ، أو عبد عليه عمامة ، ففيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعى : تلزمه عمامة العبد دون الفرش ، أو السرج ، لأنّ العبد يده على عمامته ، ويده كيد سيده ، ولا يد للدابة والدار .

(١) الغرارة : بكسر الغين ولا تفتح الجوالق (الشوال)

(٢) الجراب : بكسر الجيم المزود ، أو الوعاء الذى يوضع فيه الشيء

(٣) القراب : بكسر القاف الغمد الذى توضع فيه السكين

(٤) العلم : بفتح العين واللام خط أو خطوط مخالف لونها للون الثوب ، أو رسم أو رقم فى الثوب .

ولنا : أن الظاهر أن سَرَج الدابة لصاحبها ، وكذلك لو تنازع رجلان مَرَجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها ، فصار كعمامة العبد ، فأما إن قال : له عندى دابة بِسَرَجها أو دارٌ بِقَرَشها ، أو سفينةٌ بِطعامها ، كان مُقرّاً بهما ، يغير خلاف ، لأن الباء تعلقُ الثاني بالأوّل .

٣٧٩٦ (فصل — ل)

وإن قال : له على درهم ، أو دينار ، أو إِمّا درهم ، أو إِمّا دينار ، كان مُقرّاً بأحدهما ، يرجع في تفسيره إليه لأن أو ، وإِمّا في الخبر للشك . وتقتضى أحد المذكورين ، لاجتماعهما ، وإن قال : له على إِمّا درهم ، وإِمّا درهمان ، كان مُقرّاً بدرهم ، والثاني مشكوك فيه ، فلا يلزمه بالشك .

﴿ مسألة ﴾

٣٧٩٧

قال ﴿ ومن أقر بشيء ، واستثنى منه الكثير ، وهو أكثر من النصف أخذ بالكل ، وكان استثناءؤه باطلاً ﴾

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ، ويحكي ذلك عن ابن درستويه النحوي ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحابهم : يصح ما لم يستثن الكل ، فلو قال : له على مائة إلا تسعة وتسعين ، لم يلزمه إلا واحد ، بدليل قوله تعالى (فَيَعِزُّكَ لَاغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمْ الْمُخَاصِينَ)^(١) وقوله تعالى (إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ)^(٢) فاستثنى في موضع الغاوين من العباد ، وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر ، وأنشدوا :

أَدُّوا الَّتِي نَقَصْتُ تِسْعِينَ مِنْ مِائَةٍ نُمِّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوَّامًا

فاستثنى تسعين من مائة ، لأنه في معنى الاستثناء ، ومشبّه به ، ولأنه استثنى البعض ، فجاز ، كاستثناء الأقل ، ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ ، فجاز في الأكثر ، كالتخصيص ، والبدل .

ولنا : أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في لأقل ، وقد أنكروا استثناء الأكثر ، فقال أبو إسحاق الزجاج : لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ، ولو قال قائل مائة إلا تسعة وتسعين لم يكن مُكَلِّمًا بالعربية ، وكان عيباً^(٣) من الكلام ، وَلُكْنَةُ^(٤) وقال الفتحيني : يقال صمت الشهر إلا يوماً ، ولا يقال

(١) بعض الآية ٨٢ من سورة ص .

(٢) الآية ٤٢ من سورة الحجر .

(٣) عيب : العي العجز عن النطق ، أو الكلام غير الناضج .

(٤) اللكنة : العجمة ، وعدم إقامة النطق بالعربية .

صمتُ الشهرَ إلا تسعةً وعشرين يوماً ، ، ويقال . لقيتُ القومَ جميعهم إلا واحداً أو اثنين ، ولا يجوز أن يقول : لقيتُ القومَ إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل ، وكألو قال : له على عشرة ، بل خمسة ، فأما ما احتجوا به من التنزيل ، فإنه في الآية الأولى استثنى المخلصين من بنى آدم ، وهم الأقل ، كما قال تعالى (إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ)^(١) وفي الأخرى استثنى الغاوين من العباد ، وهم الأقل فإن الملائكة من العباد ، وهم غير غاوين . قال الله تعالى (بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ)^(٢) وقيل : الاستثناء في هذه الآية منقطع ، بمعنى الاستدراك ، فيكون قوله (إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ) مَبْنِيٌّ عَلَى صَوْمِهِ ، لم يستثن منه شيء ، ثم استأنف (إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ) أى لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غَوُوا باتِّباعك .

وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الأخرى لأتباعه (وَمَا كَانَ لِيَ عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي)^(٣) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة ، وأما البيت : فقال ابن فضال النحوى : هو بيت مصنوع ، لم يثبت عن العرب ، على أن هذا ليس باستثناء ، فإن الاستثناء له كلمات مخصوصة ، ليس ههنا شيء منها ، والقياس لا يجوز في اللغة ، ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف ، فلم يحز ، كاستثناء الكل ، والفرق بين استثناء الأكثر ، والأقل أن العرب استعملته في الأقل ، وحسنته ، ونفته في الأكثر ، وقبحته ، فلم يحز قياس ما قبضوه على ما حسنوه ، وجوزوه .

(فصل)

٣٧٩٨

وفي استثناء النصف وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهو ظاهر كلام الخِرَاقِي ، لتخصيصه الإيطال بما زاد على النصف ، لأنه ليس بأكثر ، فجاز ، كالأقل .

والثاني لا يجوز ، ذكره أبو بكر ، لأنه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير ، والنصف ليس بقليل .

(فصل)

٣٧٩٩

وإن قال : له على عشرة إلا سبعة ، إلا خمسة ، إلا درهمن ، صح ، وكان مقراً بستة ، وذلك لأنه إذا استثنى الكل ، أو أكثر سقط إن وقف عليه ، وإن وصله باستثناء آخر استعملناه ، لأن الاستثناء

(١) بعض الآية ٢٤ من سورة ص .

(٢) بعض الآية ٢٦ من سورة الأنبياء .

(٣) بعض الآية ٢٢ من سورة إبراهيم .

مع المستثنى منه عبارة عما بقي ، فإن خمسةً إلا درهمين عبارة عن ثلاثة ، استثناءها من سبعة ، يبقى أربعة مستثناة من عشر ، بقي منها ستة .

وإن قال : له على ثمانية ، إلا أربعة ، إلا درهمين ، إلا درهما ، بطل الاستثناء على قول أبي بكر ، لأنه استثنى النصف ، وصح على الوجه الآخر ، فازمه خمسة .

وإن قال : على عشرة الا خمسة ، إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهما ، بطل الاستثناء كله ، على أحد الوجهين ، وصح في الآخر ، فيكون مقرأ بسبعة .

ولو قال : عشرة الآ ستة ، إلا أربعة ، إلا درهمين ، فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقرأ بستة .

ولو قال : ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهماً كان مقرأ بثلاثة ، فأما إن قال : له على ثلاثة إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، بطل الاستثناء كله لأن استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر ، وهو موقوف عليه ، فبطل ، فإذا بطل الثاني بطل الأول ، لأنه استثناء الكل ، ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه :

أحدها : يبطل الاستثناء . لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل ، فبطل الثاني ، لأنه فرعه .

والثاني : يصح ، ويلزمه درهم لأن الاستثناء الأول لما بطل جملها الاستثناء الثاني من الإقرار ، لأنه وليه ، أبطلان ما بينهما .

والثالث : : يصح ، ويكون مقرأ بدرهمين . لأنه استثنى درهمين من ثلاثة ، فيبقى منها درهم مستثنى من الإقرار ، واستثناء الأكثر عندهم لا يصح ، ووافقهم القاضي في هذا الوجه ، وإن قال ، ثلاثة ، إلا ثلاثة ، إلا درهما ، بطل الاستثناء كله ، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل)

٣٨٠٠

وإن قال : له على ألف درهم ، إلا خمسين ، فالمستثنى دراهم ، لأن العرب لا تستثنى في الإثبات إلا من الجنس ، وإن قال : له على ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك ، وهذا اختيار ابن حامد ، والقاضي ، وهو قول أبي ثور ، وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب : يكون الألف مبهماً يرجع في تفسيره إليه ، وهذا قول مالك ، والشافعي . لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ، ولأن لفظه في الألف مبهم ، والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه .

ولنا : أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات إلا من الجنس ، فحق علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه ، كما لو علم المستثنى منه ، وقد سأموه ، وعلمته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس ، فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، فعلى قول التميمي يسأل عن المستثنى منه ، فإن فسره بتفسير الجنس بطل

الاستثناء ، وعلى قول غيرها ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه ، أو أكثر بطل ، وإلا صح .

(فصل)

٣٨٠١

وإن قال : له على تسعة ، وتسعون درهما ، فالجميع درهم ، لا أعلم فيه خلافاً .
وإن قال : مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً : أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وكذلك إن قال : ألف وثلاثة دراهم ، أو خمسون درهما ، وألف درهم ، أو ألف ، ومائة درهم ، أو مائة ، وألف درهم ، والصحيح ما ذكرنا ، فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً للجميع ما قبله من الجمل المبهمة ، وجنس العدد ، قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين (أنه قال ^(١)) (إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْمَةً ^(٢)) وفى الحديث : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَوَفَّى وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتَوَفَّى أَبُو بَكْرٍ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتَوَفَّى عُمرُ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وقال عنتره :

فِيهَا اثْنَتَانِ وَأَرْبَعُونَ حَلُوبَةً سُوْدًا كَخَافِيَةِ الْغُرَابِ الْأَسْحَمِ ^(٣)

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ، ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور ، فكان تفسيراً للجميع ما قبله ، لأنها تحتاج إلى تفسير ، وهو صالح لتفسيرها ، فوجب حمله على ذلك .

وهذا المعنى موجود فى قوله ألف ، وثلاثة دراهم ، وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لا يجمل المُجْمَل من جنس المفسر ، أو قال : بمئة هذا بمائة ، وخمسين درهماً ، أو بمئتين وعشرين درهماً ، لا يصح ، وهو قول شاذ ضعيف ، لا يُعْمَلُ عليه .

(فصل)

٣٨٠٢

وإن قال : له على ألف ودرهم ، أو ألف ، وثوب ، أو قفيز حنطة ، فالجمل من جنس المفسر أيضاً ، وكذلك لو قال : ألف درهم ، وعشرة ، أو ألف ثوب ، وعشرون ، وهذا قول القاضى ، وابن حامد ، وأبى ثور ، وقال التميمى ، وأبو الخطاب يرجع فى تفسير الجمل إليه ، لأن الشيء يُعطى على غير جنسه قال الله تعالى (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) ^(٤) ولأن الألف مبهم ، فرُجع فى تفسيره إلى المقر ، كما لو لم يُعطى عليها .

(١) ما بين القوسين زيادة يتم الكلام بدونها .

(٢) بعض الآية ٢٣ من سورة ص

(٣) خافية الغراب : الريش الذى إذا ضم الطائر جناحيه خفى ، وخافية الغراب تكون شديدة السواد ،

والأسحم الأسود . (٤) بعض الآية ٢٣٤ ، من سورة البقرة

وقال أبو حنيفة : إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له ، وإن عطف مذكروماً ، أو معدوداً لم يكن تفسيراً . لأنّ على للإيجاب في الذمة ، فإن عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً ، كقوله : مائة وخمسون درهماً .

ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى ، قال الله تعالى (وَلَيْشُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعاً ^(١)) وقال الله تعالى (عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ ^(٢)) ولأنه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه ، فكان المبهم من جنس المفسر ، كما لو قال : مائة وخمسون درهماً ، أو ثلاثمائة ، وثلاثة عشر رجلاً . يحقّقه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، أما قوله (أَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرٌ) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً لوجوبه .

(أحدها) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث ، والأشهر مذكرة ، فلا يجوز أن تعدّ بغيرها .

(الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب ، لا بالعطف ، كما قال (عَلَيْهَا تِسْعَةُ عَشْرَ ^(٣)) وقولهم إن الألف مبهم قلنا قد قرّن به ما يدلّ على تفسيره ، فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً ، أو مائة ودرهم ، عند أبي حنيفة .

فإن قيل : إذا قال : مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ، ولهذا لا يزداد به العدد ، فصالح تفسيراً لجميع ما قبله ، بخلاف قوله : مائة ودرهم ، فإنه ذكر الدرهم للإيجاب ، لا للتفسير ، بدليل أنه زاد به العدد ، قلنا : هو صالح للإيجاب ، والتفسير ممّا ، والحاجة داعية إلى التفسير ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، صيانة للكلام المقر عن اللباس ، والإيهام وصرّقه إلى البيان ، والإفهام ، وقول أصحاب أبي حنيفة أنّ على للإيجاب قلنا : فتى عطف ما يجب بها على ما يجب ، وكان أحدهما مبهماً ، والآخر مفسراً ، وأمکن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر ، فأما إن لم يمكن ، مثل أن يعطف عدد للذكر على المؤنث ، أو بالعكس ، ونحو ذلك ، فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ، ويبقى المبهم على إبهامه ، كما لو قال : له على أربعة دراهم ، وعشر .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٠٣

قال ﴿ وإذا قال : له عندي عشرة دراهم ، ثم قال وديمة كان القول قوله ﴾ .

(١) الآية ٢٥ من سورة الكهف ، ووجه الاكتفاء أنه لم يقل وازدادوا تسع سنين اكتفاء بقوله ثلاثمائة سنين

(٢) بعض الآية ١٧ من سورة ق ، ووجه الاكتفاء أنه لم يقل عن اليمين قعيد ، وعن الشمال قعيد ، واكتفى

(٣) الآية ٣٠ من سورة المدثر

بذكر قعيد بعد الشمال .

وجملته : أن من أقر بهذا اللفظ فقال : له عندي دراهم ، ثم فسر إقراره بأنها ودیعة قُبِلَ تفسيره ، لانعلم فيه اختلافاً بين أهل العلم ، سواء فسره بكلام متصل أو منفصل ، لأنه فسر لفظه بما يقتضيه ، فقبِلَ ، كما لو قال : له على دراهم ، وفسرها بدين عليه ، فعند ذلك تثبت فيها أحكام الودیعة ، بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك ، أو ردّها كان القول قوله ، وإن فسرها بدين عليه قُبِلَ أيضاً لأنه يقرّ على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال : له عندي ودیعة ، ردّتها إليه ، أو تلفت ، لزمه ضمانها ، ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي ، لما فيه من مناقضة الإقرار ، والرجوع عما أقرّ به ، فإن الألف المردود ، والتالف ليست عنده أصلاً ، ولا هي ودیعة ، وكلّ كلام يناقض الإقرار ، ويُحيله ، يجب أن يكون مردوداً .

وقال القاضي : يُقبل قوله ، لأنّ أحد قال في رواية ابن منصور : إذا قال : لك عندي ودیعة دفعتمها إليك صدّق ، لأنه ادعى تلف الودیعة ، أو ردّها ، فقبِلَ ، كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل ، وإن قال : كانت عندي ، وظننت أنها باقية ، ثم عرفت أنها كانت قد هلكت ، فالحكم فيها كالتي قبلها .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٠٤

قال ﴿ ولو قال : له على ألف ، ثم قال : ودیعة لم يُقبل قوله ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أقرّ بدراهم ، بقوله : على كذا ، ثم فسره بالودیعة ، لم يُقبل قوله ، فلو ادعى بعد هذا تلفها . لم يُقبل قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقيل عن الشافعي : يُقبل قوله : إنها ودیعة ، وإذا ادعى بعد ذلك تلفها قُبِلَ منه .

وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً : لأنّ الودیعة عليه حفظها ، وردّها ، فإذا قال : على ، وفسرها بذلك احتمال صدقه ، فقبِلَ منه ، كما لو وصله بكلامه ، فقال : على ألف ودیعة ، ولأنّ حروف الصلوات^(١) يختلف بعضها بعضاً ، فيجوز أن يستعمل على بمعنى عندي ، كما قال الله تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وَلَهُمْ عَلَى ذَنْبٍ) أي عندي .

ولنا أن على للإيجاب ، وذلك يقتضي كونها في ذمته ، وكذلك لو قال : ما على فلان على كان ضامناً له ، والودیعة ليست في ذمته ، ولا هي عليه ، إنما هي عنده ، وما ذكره مجاز ، طريقه حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مقامه ، أو إقامة حرف مقام حرف ، والإقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ ، بدليل أنه لو قال : له على دراهم : لزمته ثلاثة دراهم ، وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين ، وعن واحد ، كقول الله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَنَّهُ السُّدُسُ) ومواقع كثيرة في القرآن ، ولو قال : له على درهم ، وقال :

(١) حروف الصلوات : هي حروف الجر . وفي النسخ المطبوعة (حروف الصفات) وهو تصحيف

أردت نصف درهم ، فحذفت المضاف ، وأقتت المضاف إليه مقامه لم يُقبل منه .
ولو قال : لك من مالى ألف ، قال : صدقت ، ثم قال : أردت أن عليك من مالى ألفاً ، وأقتت
اللامَ مقامَ على ، كقول الله تعالى (وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا) لم يُقبل منه ، ولو قبل فى الإقرار مُطلق الاحتمال
لسقط ، ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة ، والزائفة ، والمؤجلة ، وأما إذا قال : لك على ألف ، ثم قال : كان
وديعاً ، فتلف ، لم يُقبل قوله ، لأنه متناقض ، وقد سبق نحوه من هذا .

(فصل)

٣٨٠٥

وإن قال : لك على مائة درهم ، ثم أحضرها ، وقال : هذه التى أقررت بها ، وهى وديعة ، كانت لك
عندى ، فقال المقر له : هذه وديعة ، والتى أقررت بها غيرها ، وهى دين عليك ، فقول الخرق يقتضى أن
القول قول المقر له ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال القاضى : القول قول المقر مع يمينه ، وللشافعى قولان ،
كالوجهين ، وتعليقهما ما تقدم .

وإن كان قال فى إقراره : لك على مائة فى ذمتى ، فإن القاضى وافق ههنا فى أنه لا يُقبل قول المقر ، لأن
الوديعة عين لا تكون فى الذمة ، قال : وقد قيل : يُقبل ، لأنه يحتمل : فى ذمتى أداؤها ، ولأنه يجوز
أن يكون عنده وديعة تعدى فيها ، فكان ضمانها عليه فى ذمته ، ولأصحاب الشافعى فى هذه وجهان .

فأما إن وصل ذلك بكلامه ، فقال : لك على مائة وديعة قبل : لأنه وصل كلامه بما يحتمله ، فصح ،
كما لو قال : له على دراهم ناقصة .

وإن قال : له على مائة وديعة ديناً ، أو مضاربة ديناً صح ، ولزمه ضمانها ، لأنها قد يتعدى فيها ،
فتكون ديناً .

وإن قال : أردت أنه شرط على ضمانها لم يُقبل ، لأنها تصير بذلك ديناً ، وإن قال : عنده مائة وديعة
شرط على ضمانها لم يلزمه ضمانها ، لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة ، وإن قال : على وعندى مائة
درهم عارية ، لزمته ، وكانت مضمونة عليه ، سواء حكمتا بصحة العارية فى الدراهم ، أو بفسادها ، لأن
ما تضمن فى العقد الصحيح تضمن فى الفاسد ، وإن قال أودعنى مائة ، فلم أقبضها ، أو أقرضنى مائة فلم
أخذها قبل قوله مقصلاً ، ولم يُقبل إذا كان مقصلاً ، وهكذا إذا قال : نقدنى مائة ، فلم أقبضها ، وهذا
قول الشافعى .

(فصل)

٣٨٠٦

وإن قال : له فى هذا العبد ألف ، أو له من هذا العبد ألف ، طواب بالبيان ، فإن قال : نقد عنى ألفاً فى
ثمنه ، كان قرضاً ، وإن قال : نقد فى ثمنه ألفاً قلنا : بين كم ثمن العبد ؟ ، وكيف كان الشراء ؟ فإن قال :

بإيجاب واحد وزن ألفاً ، ووزنت ألفاً كان مُقرّاً بنصف العبد ، وإن قال : وزنت ألفين كان مُقرّاً بثلثه ، والقول قوله مع يمينه ، سواء كانت القيمة قدر ما ذكره ، أو أقل . لأنه قد يُفهم ، وقد يُفهم .
 وإن قال : اشتريناه بإيجابين ، قيل : فكم اشتري منه ؟ فإن قال : نصفاً ، أو ثلثاً ، أو أقل ، أو أكثر قبل منه مع يمينه ، وافق القيمة أو خالفها .
 وإن قال : وصّى له بألف من ثمنه ، بيع ، وصرف إليه من ثمنه ألف ، وإن أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله ، لأن الموصّى له يتعين حقه في ثمنه .
 وإن فسر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك ، وله بيع العبد ، ودفع الألف من ثمنه .

وإن قال : أردت أنه رهن عنده بألف ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل ، لأن حق المرتهن في الذمة .

والثاني : يقبل . لأن الدين يتعلق بالرهن ، فصحّ تفسيره به ، كالجناية ، ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه .

(فصل)

٣٨٠٧

وإن قال : له في مالي هذا ألف ، أو من مالي ألف ، وفتره بدين ، أو وديعة ، أو وصية ، فيه ، قبل ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يقبل إقراره ، لأن ماله ليس هو لغيره .
 وإنما : أنه أقرّ بألف ، فقيل ، كما لو قال : في مالي ، ويجوز أن يضيف إليه مالاً بعضه لغيره ، ويجوز أن يضيف مال غيره إليه ، لاختصاص له به ، أو يد له عليه ، أو ولاية . قال الله تعالى « وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ، وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا »^(١)
 وقال سبحانه في النساء « لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ »^(٢) وقال لأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وَقرن في بيوتكن »^(٣) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته ، وإن قال : أردت هبة قبل منه . لأنه محتمل ، وإن امتنع من تعريضها لم يجبر عليه . لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما إذا قال : لفلان في داري هذه نصفها ، أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين ، قال في رواية مهنا ، فيمن قال : نصف عبدى هذا لفلان ، لم يجز إلا أن يقول : قد وهبته . وإن قال نصف مالي هذا لفلان ، لا أعرف هذا .

ونقل ابن منصور : إذا قال : فرسى هذه لفلان ، فإقراره جائز ، فظاهر هذا صحة الإقرار .

(١) الآية ٥ من سورة النساء (٢) بعض الآية الأولى من سورة الطلاق

(٣) بعض الآية ٣٣ من سورة الأحزاب

فإن قال : له في هذا المال نصفه ، أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح .

وإن قال : له في هذا المال ألف صح .

وإن قال : له في ميراث أبي ألف فهو إقرار بدّين على التركة .

وإن قال : في ميراثي من أبي ، وقال : أردت هبةً قبل منه ، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلفه ، فيقتضى وجوب المقرّ به فيه ، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ماورثته ، وانتقل إلى ، فلا يُحمل على الوجوب ، وإذا أضاف إليه منه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً من ماله .

(فصل)

٣٨٠٨

وإن قال : له في هذا العبد شركة صحّ إقراره ، وله تفسيره بأيّ قدر كان منه ، وقال أبو يوسف : يكون مُقرّاً بنصفه ، لقوله تعالى « فَمَنْ شَرَكَاهُ فِي الثَّمَنِ » فاقضى ذلك التسوية بينهم ، كذا همنا .
ولنا : أن أيّ جزء كان له منه فله فيه شركة ، فكان له تفسيره بما شاء ، كالنصف ، وليس إطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ، ولا مخالفاً للظاهر ، والآية تثبت التسوية فيها ، بدليل ، وكذلك الحكم إذا قال : هذا العبد شركة بيننا .

(فصل في الإقرار بالجهول)

٣٨٠٩

وإذا قال : لفلان على شيء ، أو كذا ، صحّ إقراره ؛ ولزمه تفسيره ، وهذا لا خلاف فيه ، ويفارق الدعوى ، حيث لا تصحّ بجهولة ، لكون الدعوى له ، والإقرار عليه ؛ فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله .
ولأن المدعى إذا لم يصحّ دعواه فله دأب إلى تحريرها ، والمقرّ لا داعي له إلى التحرير ؛ ولا يؤمن رجوعه عن إقراره ؛ فيضيع حق المقرّ له فإلزمناه إتياء مع الجهالة . فإن امتنع من تفسيره حُبس حتى يُفسّر ، وقال القاضي : يُجعل ناكلاً ، ويُؤمر المقرّ له بالبيان ، فإن بين شيئاً ، فصدقه المقرّ ثبت . وإن كذبه ، وامتنع من البيان قيل له : إن بينت ، وإلاّ جعلناك ناكلاً ، وقضينا عليك ، وهذا قول أصحاب الشافعي . إلا أنهم قالوا : إن بينت وإلاّ حلّنا المقرّ له على ما يدّعيه ، وأوجبناه عليك . فإن فعل ، وإلاّ أحلفنا المقرّ له ، وأوجبناه على المقرّ . ووجه الأول : أنه ممتنع من حقّ عليه ، فيُحبس به ، كما لو عينه ، وامتنع من أدائه ، ومع ذلك متى عينه المدعى ، وأدّاه ، فنسكل المقرّ ، فهو على ما ذكره ، وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك ، لأن الحق ثبت على موروثهم ، فيتملّق بتركته ، وقد صارت إلى الورثة ، فيلزمهم ما لزم موروثهم ، كما لو كان الحقّ معيّناً .

وإن لم يُخلف الميت تركّة فلا شيء على الورثة ، ومتى فسّر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره ، وثبت ، إلا أن يكذب به المقرّ له ، وبدعى جنساً آخر ، أو لا يدعى شيئاً ، فيبطل إقراره .

وإن فسره بما لا يتموّل عادةً ، كقشيرة جوزة ، أو قشرة باذنجان لم يقبل إقراره ، لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته ، وهذا لا يثبت في الذمة ، وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع ، كالخمر ، والخنزير ، والميتة لم يقبل .

وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه ، فكذلك .

وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه ، أو جلد ميتة غير مدبوغ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقبل . لأنه شيء يجب رده عليه ، وتسليمه إليه ، فالإيجاب يقتضيه .

والثاني : لا يقبل . لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه ، وإن فسره بحبة حنطة ، أو شعير ، ونحوها لم يقبل . لأن هذا لا يتموّل عادةً على انفراده ، وإن فسره بمقدّر قذف قبل . لأنه حق يجب عليه ، ويحتمل أن لا يقبل . لأنه لا يؤول إلى مال ، والأول أصح . لأن ما ثبت في الذمة صح أن يُقال : هو على .

وإن فسره بحق شفعة قبل . لأنه حق واجب ، ويؤول إلى المال .

وإن فسره بردّ السلام أو تسميت العاطس ، ونحوه لم يقبل . لأنه يسقط بفواته ، فلا يثبت في الذمة وهذا الإقرار يدلّ على ثبوت الحق في الذمة ، ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقاً على ردّ سلامه ، إذ أسلم ، وتسميته إذا عطس ، لما روى في الخبر « الْمُسْلِمُ عَلَى الْمُسْلِمِ ثَلَاثُونَ حَقًّا ، يَرُدُّ سَلَامَهُ ، وَيُسَمِّي عَطَسَتَهُ ، وَيُحْيِي دَعْوَتَهُ » وذكر الحديث ، وإن قال . غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل . لأن اسم الغصب يقع عليه ، وإن قال : غصبته نفسه لم يقبل . لأن الغصب لا يثبت عليه ، وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي . وحكى عن أبي حنيفة : أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل ، والموزون ، لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه .

ولنا : أنه مملوك يدخل تحت المقصد ، فجاز أن يُفسر به الشيء في الإقرار ، كالمكيل ، والموزون . ولأنه ثبت في الذمة في الجملة ، فصحّ التفسير ، كالمكيل ، ولا عبرة بسبب ثبوته في الإقرار به ، والإخبار عنه .

(فصل)

٣٨١٠

وإن أقرّ بمال قبل تفسيره ، بقليل المال ، وكثيره ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي ، لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم^(١)) وقوله (وفي أموالهم حق^(٢)) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه :

(١) بعض الآية ١٠٣ من سورة التوبة .

(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة المعارج .

أحدها : كقولنا .

والثاني . لا يُقبل إلا أول نصاب من نُصِبَ الزكاة ، من نوع أموالهم .

والثالث . ما يُقطع به السارق ، ويصحّ مهراً ، لقول الله تعالى (أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ)^(١) . ولنا : أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المسال حقيقةً وعرفاً ، ويتمول عادةً ، فيُقبل تفسيره به ، كالذي وافقوا عليه . وأما آيات الزكاة فهي عامة ، دخلها التخصيص ، وقوله تعالى (وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة ، فلا حجة لهم فيها ، ثم يرد قولهم قوله تعالى (أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال ، وبما دون النصاب .

وإن قال : له على مال عظيم ، أو كثير ، أو جليل ، أو خطير ، جاز تفسيره بالقليل ، والكثير ، كما لو قال : مال لم يزد عليه ، وهذا قول الشافعي . وحكي عن أبي حنيفة ، لا يُقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم . لأنه يُقطع به السارق ، ويكون صدقاً عندده ، وعنه ، لا يقبل بأقل من مائتي درهم ، وبه قال أصحابه . لأنه الذي تجب فيه الزكاة ، وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المسال ، ومنهم من قال . يزيد على ذلك أقل زيادةً ، ومنهم من قال ، قدر الدية ، وقال الليث بن سعد : اثنان وسبعون . لأن الله تعالى قال (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ) وكانت غزواته وسراياه اثنتين ، وسبعين ، قالوا : ولأن الحجة لا تسمى مالاً عظيماً ، ولا كثيراً .

ولنا : أن ما فسره به المال فسره به العظيم ، كالذي ساءوه ولأن العظيم ، والكثير لا حدّ له في الشرع ، ولا في اللغة ، ولا في العرف ، ويختلف الناس فيه ، فمنهم من يستعظم القليل ، ومنهم من يستعظم الكثير ، ومنهم من يحتقر الكثير ، فلم يثبت في ذلك حدّ يرجع إلى تفسيره به . ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم ، كثير ، بالنسبة إلى ما دونه ، ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده ، لفقر نفسه ، ودنايتها ، وما ذكره فليس فيه تحديد للكثير ، وكون ما ذكره كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه ، وقد قال الله تعالى (اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا)^(٢) فلم ينصرف إلى ذلك وقال « كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً »^(٣) فلم يُحمل على ذلك ، والحكم فيما إذا قال : عظيم جداً ، أو عظيم ، عظيم ، كما لو لم يقله ، لما قرناه .

(١) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء وأولها (والمحصنات من النساء) .

(٢) بعض الآية ٤١ من سورة الأحزاب ، وقد وردت في الأصول ناقصة لفظ (ذكر) الموضوعة بين قوسين .

(٣) بعض الآية ٢٤٩ من سورة البقرة

٣٨١١

(فصل)

وإن قال : له على أكثر من مال فلان ، ففسره بأكثر منه عدداً ، أو قدراً لزمه أكثر منه ، ونفسر الزيادة بأي شيء أراد . ولو حبة ، أو أقل .

وإن قال : ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا ، وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به . لأن مبلغ المال حقيقة لا يُعرف في أكثر ، وقد يكون ظاهراً ، أو باطناً فيملك ما لا يعرفه المقر ، فمكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه ، إذا ادعى عليه أكثر منه . وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يُقبل ، وقال أصحابنا : يُقبل تفسيره بالقليل ، والكثير ، وهو مذهب الشافعي ، سواء علم مال فلان ، أو جهله ، أو ذكر قدره ، أو لم يذكره ، أو قاله عقيب الشهادة بقدره ، أولاً . لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء ، أو منفعة ، أو بركة لكونه من الحلال ، أو لأنه في الدمة . قال القاضي : ولو قال : لي عليك ألف دينار ، فقال : لك على أكثر من ذلك ، لم يلزمه أكثر منها . لأن لفظة أكثر مبهمّة ، لاحتمالها ما ذكرنا ، ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلساً ، أو حبة حنطة ، أو شعير ، أو دُخْن ، فرُجع في تفسيرها إليه ، وهذا بعيد ، فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد ، أو في القدر ، وتنصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه ، لا يُتهم في الإطلاق غير ذلك ، قال الله تعالى (كَانُوا أَكْثَرُ مِنْهُمْ) وأخبر عن الذي قال (أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالاً ^(١)) (وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالاً وَأَوْلَاداً) ^(٢) والإقرار يُؤخذ فيه بالظاهر ، دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع ، جياداً ، صحاحاً ، وازنة ، حالة .

ولو قال : له على دراهم لم يُقبل تفسيرها بالوديعة ، ورجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الإقرار . واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها ، فلا بُعُول على هذا .

٣٨١٢

(فصل)

ولو قال : له على ألف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة ، لأن الشيء يحتمل القليل ، والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر ، فتمتن حله على مادون النصف ، وكذلك إن قال : إلا قليلاً ، لأنه مبهم فاشبه قوله إلا شيئاً ، وإن قال : له على معظم ألف ، أو جُل ^(٣) ألف ، أو قريب من ألف ، لزمه أكثر من نصف الألف ويخلف على الزيادة إن ادعيت عليه .

(١) بعض الآية : ٣٤ من سورة الكهف

(٢) بعض الآية : ٣٥ من سورة سبأ

(٣) جل : بضم الجيم معناها معظم وأكثر

٣٨١٣

(فصل)

وإن قال : له على كذا فقيه ثلاث مسائل :

إحداها : أن يقول : كذا ، بغير تكرير ، ولا عطف .

الثانية : أن يكرر بغير عطف .

الثالثة : أن يعطف ، فيقول ، كذا ، وكذا .

فأما الأولى : فإذا قال : له كذا درهم ، لم يخل من أربعة أحوال .

أحداها : أن يقول : له على كذا درهم بالرفع ، فيلزمه درهم . وتقديره شيء هو درهم ، فجعل الدرهم بدلاً من كذا .

الثاني : أن يقول : درهم بالجر ، فيلزمه جزء درهم ، يرجع في تفسيره إليه ، والتقدير جزء درهم ، أو بعض درهم . ويكون كذا كناية عنه .

الثالث : أن يقول . درهما بالنصب ، فيلزمه درهم ، ويكون منصوباً على التفسير . وهو التمييز . وقال بعض النحويين : هو منصوب على القطع ، كأنه قطع ما ابتدأ به ، وأقر بدرهم ، وهذا على قول نخاة السكوفة الرابع : أن يذكره بالوقف ، فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً . لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر ، للوقف . وهذا مذهب الشافعي : وقال القاضي : يلزمه درهم في الحالات كلها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا : أن كذا اسم مبهم ، فصحت تفسيره بجزء درهم في حال الجر ، والوقف .

المسألة الثانية : إذا قال : كذا ، كذا بغير عطف ، فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار ، سواء لا يتغير الحكم ، ولا يقتضي تكريره الزيادة ، كأنه قال : شيء شيء ، ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ، ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم ، فقال : نصف تسع درهم ، وهكذا لو قال : كذا ، كذا ، كذا ، لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ، ونحوه .

المسألة الثالثة : إذا عطف ، فقال : كذا ، وكذا ، درهم بالرفع ، لزمه درهم واحد . لأنه ذكر شيئين ، ثم أبدل منهما درهما ، فصار كأنه قال : هما درهم . وإن قال : درهما بالنصب ففقيه ثلاثة أوجه :

أحدها : درهم واحد . وهو قول أبي عبد الله بن حامد ، والقاضي . لأن كذا يحتمل أقل من درهم ، فإذا عطف عليه مثله ، ثم فسرهما بدرهم واحد ، جاز ، وكان كلاماً صحيحاً ، وهذا يحكي قولاً للشافعي .

والوجه الثاني : يلزمه درهما . وهو اختيار أبي الحسن التيمي . لأنه ذكر جملة من . فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منهما ، كقوله . عشرون درهما ، يعود التفسير إلى العشرين ، وكذا ههنا . وهذا يحكي قولاً ثانياً للشافعي .

والوجه الثالث : يلزمه أكثر من درهم . ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليه ، فيلزمه بها درهم ، والأولى باقية على إيهامها ، فيرجع في تفسيرها إليه . وهذا يشبه مذهب التيمي .

وقال محمد بن الحسن : إذا قال : كذا درهماً لزمه عشرون درهماً . لأنه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وإن قال كذا ، كذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً . لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا ، وكذا درهماً لزمه أحد وعشرون . لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض ، يفسر بذلك ، وإن قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم . لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد ، وحسكى عن أبي يوسف أنه إذا قال كذا ، كذا ، أو كذا وكذا ، يلزم بهما أحد عشر درهماً .

ولنا : أنه يحتمل ما قلنا ، ويحتمل ما قالوه ، فوجب المصير إلى ما قلنا . لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا يجب بالشك ، كما لو قال : له على دراهم ، لم يلزمه إلا أقل الجمع ، ولا يلزم كثرة الاستعمال ، فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً لأكثر من المكرر . فإنه يجب بالمفرد عشرون ، وبالمركب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح ، يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره .

(فصل — ل)

٣٨١٤

ولو قال : غصبتك ، أو غببتك لم يلزمه شيء . لأنه قد يغصبه نفسه ، ويقبضه في غير المال ، وإن قال : غصبتك شيئاً ، وفسره بغصب نفسه ، لم يقبل . لأنه جعل له مفعولين . فجعله المفعول الأول وشيئاً المفعول الثاني ، ويجب أن يكون الثاني غير الأول ، وإن فسره بما لا قبل وإن قل .

وإن فسره بكلب ، أو جلد متيقن ، أو سرجين ينتفع به قبل ، لأنه قد يقهره ، فيأخذه منه . وإن فسره بما لا نفع فيه ، أو بما لا يباح الانتفاع به لم يقبل . لأن أخذ ذلك ليس بغصب

(فصل)

٣٨١٥

وتقبل الشهادة على الإقرار بالجهول . لأن الإقرار به صحيح . وما كان صحيحاً في نفسه صححت الشهادة به ، كالعلوم .

﴿ مسألة ﴾

٣٨١٦

قال ﴿ ولو قال : له عندي رهن . فقال المالك : ودعة . كان القول قول المالك ﴾ إنما قدم قول المالك . لأن العين ثبتت له بالإقرار . وادعى المقر ديناً لا يعترف له به . والقول قول المنكر . ولأنه أقر بما لا يغيره . وادعى أن له به تعلقاً . فلم يقبل . كما لو ادّعا بكلام منفصل .

(١) لفظ (إذا) ساقط من جميع النسخ ، ولا بد منه لصحة الأسلوب

وكذلك لو أقر له بدار . وقال : استأجرتها . أو بثوب ، وادّعى أنه قصّره . أو خاطه بأحر ، يلزم المقر له . لم يقبل . لأنه مدّع على غيره حقاً فلا يقبل قوله إلا ببيّنة . وكذلك لو قال : هذه الدار له . ولي سكنها سنة .

(فصل)

٣٨١٧

وإن قال : لك على ألف من ثمن مبيع . لم أقبضه . فقال المدّعى عليه : بل لي عليك ألف . ولا شيء لك عندي . فقال أبو الخطاب : فيه وجهان : أحدهما : القول قول المقر له . لأنه اعترف له بالألف . وادّعى عليه مبيعاً . فأشبهه ما إذا قال : هذا رهن . فقال المالك : وديعة أو له على ألف . ولي عنده مبيع . لم أقبضه .

والثاني : القول قول المقر . قال القاضي : وهو قياس المذهب . وهو قول الشافعي . وأبي يوسف . لأنه أقر بحق في مقابلة حق له . ولا ينفك أحدهما عن الآخر . فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه ، كما لو قال لرجل : بمثلك هذا العبد بألف . قال : بل مَلَكَتْنِيهِ بغير شيء . وفارق ما لو قال له : عندي رهن . فقال المالك : بل وديعة . لأن الدّين ينفك عن الرهن . ولو قال السيّد لعبده : بمثلك نفسك بألف . فأنكر العبد عتق . ولا شيء للمقر . لأن العتق ينفك عن الثمن . ولا فرق بين أن يقول : لم أقبضه . منفصلاً . أو متصلاً . فلو قال : له على ألف من ثمن مبيع ثم سكت . ثم قال : لم أقبضه ، فيقبل قوله . كما لو كان متصلاً . لأن إقراره تملق بالمبيع . والأصل عدم القبض . فقبل قوله فيه . فأما إن قال : على ألف . ثم سكت ، ثم قال : من ثمن مبيع . لم يقبل . لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل . فلم يقبل . كما لم يقبل لو قال : له على ألف . ثم سكت . ثم قال : مؤجل .

(فصل)

٣٨١٨

وإذا قال : بمثلك جاريتي هذه . قال : بل زوجتنيها فلا يخلو . إمّا أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن . أو بعده ، وقبل الاستيلاء . أو بعده . فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقرّ بها لمدّعى الزوجية ، لأنه يدّعى عليه شيئاً . والزوج يُنسكّر أنها ملكه . ويدّعى حملها له بالزوجية . فيثبت الحال لاتفاقهما عليه . ولا تردّ إلى البائع . لاتفاقهما على أنه لا يستحقّ أخذها . وإن كان قبل قبض الثمن . وبعد الاستيلاء . فالبايع مقرّ أنها صارت أم ولد . وولدها حرّ . أنه لا مهر له . ويدّعى الثمن ، والمشتري يُنسكّر ذلك كله ، فيحكم بحرية الولد . لإقراره بأنّها أم ولد ، ولا يجوز نقل الملك فيها . ويخالف المشتري : أنه ما اشتراها ، ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر ، فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه . وإن اختلفا في

سببه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : يتعاقبان . ولا يجب مهر ، ولا ثمن ، وهو قول القاضي ، إلا أنه لا يجعل على البائع يميناً . لأنه لا يرى اليمين في إنكار النكاح . ونفقة الولد على أبيه . لأنه حر . ونفقة الأمة على زوجها ، لأنه إماً زوج . وإما سيّد . وكلاهما سبب لوجوب النفقة . وقال القاضي : نفقتها في كسبها . فإن كان فيه فضل فهي موقوفة . لأننا لا أزلنا عنها ملك السيّد . وأثبتنا لها حكم الاستيلاء ، فإن ماتت . وترك ما لا . فللبائع قدر ثمنها . لأنه إماً أن يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها . وتركها المشتري . والمشتري مقرّ للبائع بها . فيأخذ منها قدر ما يدّعيه . وإن كان كاذباً فهي ملكه . وتركها كلّها له . فيأخذ منها قدر ما يدّعيه . وبقيته موقوفة . وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرّة فبرائها لولدها . وورثتها فإن لم يكن لها وارث . فبرائها موقوف . لأنّ أحداً لا يدّعيه . وليس للسيّد أن يأخذ منه قدر الثمن . لأنه يدّعي الثمن على الواطئ ، وليس ميراثها له . لأنه قدماء قبلها . وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاء فعندى أنّها تقرّ في يد الزوج . لاتفاقهما على حلّها له ، واستحقاقه إمساكها ، وإنما اختلفا في السبب ، ولا تردّ الى السيّد لاتفاقهما على تحريمها عليه . وللبائع أقلّ الأمرين من الثمن ، أو المهر ، لاتفاقهما على استحقاقه لذلك ، والأمر في الباطن على ذلك ، فإن السيّد ان كان صادقاً فالأمة حلال لزوجها بالبيع ، وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية ، والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيّد صادقاً فهو يستحقّه ثمناً ، وإن كان كاذباً فهو يستحقّه مهراً . وقال القاضي : يخلف الزوج : أنه ما اشتراها . لأنه مُنكر ، ويستطع عنه الثمن ، ولا يحتاج السيّد الى اليمين على نفي الزوجية ، لأنه لا يُستحلف فيه . وعند الشافعي يتعاقبان معاً ، ويسقط الثمن عن الزوج . لأن عقد البيع ما ثبت ، ولا يجب المهر . لأن السيّد لا يدّعيه ، وتردّ الجارية الى سيّدها ، وفي كيفية رجوعها وجهان :

أحدهما : ترجع اليه ، فيملكها ظاهراً ، وباطناً ، كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن ، لأن الثمن ههنا قد تمّ ، فيحتاج السيّد أن يقول : فسخت البيع ، وتعود اليه ملكاً .

والثاني : ترجع إليه في الظاهر دون الباطن . لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه ، فهلى هذا يبيعها الحاكم ، وبوقية ثمنها . فإن كان وفق حقّه فحسن ، وإن كان دونه أخذه . وإن زاد فالزيادة لا يدّعيها أحد . لأن المشتري يُقرّ بها للبائع . والبائع لا يدّعي أكثر من الثمن الأول . فهل تُقرّ في يد المشتري ، أو ترجع الى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، فإن رجع البائع ، وقال : صدق خصمي ، ما بعته إياها ، بل زوجته لم يُقبل في إسقاط حرّية الولد ، ولا في استرجاعها ، إن صارت أمّ ولد ، وقبل في إسقاط الثمن ، واستحقاق المهر ، وأخذ زيادة الثمن ، واستحقاق ميراثها ، وميراث ولدها ، وإن رجع الزوج ثبتت الحرّية ، ووجب عليه الثمن .

٣٨١٩

(فصل)

ولو أقر رجل بحرية عبد، ثم اشتراه، أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما، فردت شهادتهما، ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال، لا عتافه بأن الذي اشتراه حر، ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع، لأنه محكوم له برقه، وفي حق المشتري استنفاداً، واستخلاصاً، فإذا صار في يديه حكم بحريته، لإقراره السابق، وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فردت الحاكم شهادتهما، فدفعاً إلى الزوج عوضاً ليخلفها صح، وكان في حقه خلعاً صحيحاً، وفي حقه استخلاصاً، ويكون ولاؤه موقوفاً، لأن أحداً لا بدّعيه، فإن البائع يقول: ما أعتقته، والمشتري يقول: ما أعتقته إلا البائع، وأنا استخلصته، فإن مات، وخلف مالا، فرجع أحدهما عن قوله، فاللأل له، لأن أحداً لا بدّعيه، لأنّ الراجع إن كان البائع فقال: صدق المشتري، كنت أعتقته، فالولاء له، ويلزمه ردّ الثمن إلى المشتري، لإقراره ببطلان البيع، وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا بدّعيه سواء، ولا يقبل قوله في نفي الحرية، لأنها حق لغيره، وإن رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه، لأنه لأحدهما، ولا يعرف عينه، ويحتمل أن من هو في يده يحلف، ويأخذه، لأنه مُدْكَر، وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان:

أحدهما: يُقَرَّر في يد من هو في يده، فإن لم يكن في يد أحدهما فهو أبيت المال، لأن أحداً لا بدّعيه، ويحتمل أن يكون أبيت المال على كل حال لذلك.

٣٨٢٠

(فصل)

ولو أقر رجل بعبد، أو غيره، ثم جاء به، وقال: هذا الذي أقررت لك به، قال: بل هو غيره، لم يلزمه تسليمه إلى المقر له، لأنه لا بدّعيه، ويحلف المقر: أنه ليس له عنده عبد سواه، فإن رجع المقر له، فادّعى أنه دفعه إليه، لأنه لا مُنْازَع له فيه، وإن قال المقر له صدقت، فهذا لي، والذي أقررت به آخر لي عندك، لزمه تسليم هذا، ويحلف على نفي الآخر.

٣٨٢١

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو مات، وخلف ولدين، فأقر أحدهما بأخ، أو أخت لزمه أن يعطى الفضل الذي في يديه إن أقر له به﴾

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث، مشارك لها في الميراث، لم يثبت النسب بالإجماع، لأن النسب لا يثبت بغيره، فلا يمكن إثباته في حق المقر، دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقهما، لأن أحدهما منكر، ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، واسكنه يُشارك المقر في الميراث، في قول أكثر أهل العلم، وقال الشافعي: لا يشاركه، وحكي ذلك عن ابن سيرين، وقال إبراهيم: ليس بشيء، حتى (١٩٠ - المني - الخامس)

يُقرُّوا جميعاً ، لأنه لم يثبت نسبه ، فلا يرث ، كما لو أقرَّ بنسب معروف النسب .

ولنا : أنه أقرَّ بسبب مال لم يحكم ببطلانه ، فلزمه المال ، كما لو أقرَّ ببيع ، أو أقرَّ بدين فأنكر الآخر ، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب ، فإنه محكوم ببطلانه ، ولأنه يُقرُّ له بمال يدَّعيه المقرُّ له ، ويجوز أن يكون له ، فوجب الحكم له به ، كما لو أقرَّ بدين على أبيه ، أو أقرَّ له بوصية ، فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا : فإنَّ الواجب له فضل ما في يد المقرِّ عن ميراثه ، وبهذا قال ابن أبي ليلى ، ومالك ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : إذا كان اثنان ، فأقرَّ أحدهما بأخٍ لزمه دفع نصف ما في يده ، وإن أقرَّ بأخت لزمه ثلث ما في يده ، لأنه أخذ مالا يستحقه من التركة ، فصار كالفصوب ، فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبيً ، ولأن الميراث يمتلئ ببعض التركة ، كما يمتلئ بجميعها ، فإذا هلك بعضها ، أو غصب تمتلئ الحقُّ بباقيها والذي في يد المنكر كالفصوب ، فيقسمان الباقي ، بالسوية ، كما لو غصبه أجنبي .

ولنا : أن التركة بينهم أثلاثاً ، فلا يستحقُّ ممَّا في يده إلا الثلث ، كما لو ثبت نسبه ببيئته ، ولأنه لإقرار بحقٍ يمتلئ بحصته وحصته أخيه ، فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالإقرار بالوصية وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبيٌ ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته ، لسكونه يجرُّها نفماً ، لسكونه يُسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ، ولأنه حقٌّ لو ثبت ببيئته لم يلزمه إلا قدر حصته ، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك ، كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة ، وهما اثنان ، لأن كل واحد منهما يستحقُّ النصف من كلِّ جزء من التركة ، وهما يستحقُّ الثلث من كلِّ جزء من التركة ، ولأصحاب الشافعيِّ فيما إذا كان المقرُّ صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى : هل يلزمه أن يدفع إلى المقرِّ له نصيبه ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه ، وهو الأصحُّ ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل)

٣٨٢٢

وإن أقرَّ جميع الورثة بنسب من يشاركون في الميراث ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً ، أو جماعة ، ذكرأ أو أنثى ، وبهذا قال الشافعيُّ ، وأبو يوسف ، وحكاه عن أبي حنيفة ، لأنَّ الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه ، وديونه ، والديون التي عليه ، وبيئاته ، ودعاويه ، والأيمان التي له ، وعليه ، وكذلك في النسب ، وقد روت عائشة : أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو ، وعبد بن زَمْعَةَ في ابن أمةٍ زَمْعَةَ ، فقال سعد : أوصاني أخي عُمَةُ إذا قَدِمْتُ مَكَةَ أن أنظر إلى ابن أمةٍ زَمْعَةَ ، وأقبضه ، فأنه ابنه ، فقال عبد بن زَمْعَةَ : أخي ، وابن وليدة أبي ، ولِدَ على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ

يَا عَبْدَ بَنَ زَمْعَةَ ، وَلِلْعَاهِرُ الْحَجَرُ » ففُضِيَ بِهِ لِعَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ ، وَقَالَ « احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ »
والمشهور عن أبي حنيفة : أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وقال مالك : لا يثبت إلا
بإقرار اثنين ، لأنه يُحمل النسب على غيره ، فاعتُبر فيه العدد كالشهادة . وإنما أنه حقّ يثبت بالإقرار ، فلم
يعتبر فيه العدد ، كالدين ، ولأنه قول لا تُعتبر فيه العدالة ، فلم يُعتبر العدد فيه ، كإقرار الموروث ، واعتباره
بالشهادة ، لا يصحّ ، لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ، ولا العدالة ، ويبطل بالإقرار بالدين .

٣٨٢٣

(فصل في شروط الإقرار بالنسب)

لا يخلو : إمّا أن يقرّ على نفسه خاصّةً ، أو عليه ، وسلي غيره ، فإن أقرّ على نفسه ، مثل أن يقرّ بولده
اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط .

أحدها : أن يكون المقرّ به مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب لم يصحّ ، لأنه يقطع نسبه
الثابت من غيره ، وقد لعن النبيّ صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه ، أو تولى غير مواليه .
الثاني : أن لا يُنازعه فيه مُنازع ، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى
من الآخر .

الثالث : أن يمكن صدقه ، بأن يكون المقرّ به يحتمل أن يُولدَ لمثله .

الرابع : أن يكون ممّن لا قول له ، كالصغير ، والمجنون ، أو يصدّق المقرّ إن كان ذا قول ، وهو
المسكّن ، فإن كان غير مكفّف لم يُعتبر تصديقه ، فإن كبر ، وعقل ، فأنكر لم يُسمع إنكاره ، لأن نسبه
ثابت ، وجرى ذلك مجرى من ادّعى ملك عبد صغير في يده ، وثبت بذلك ملكه ، فلمّا كبر جحد ذلك ،
ولو طلب إحلافه على ذلك لم يُستخلف ، لأن الأب لو عاد فجحد النسب لم يُقبل منه ، وإن اعترف إنسان
بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فأما إن كان إقراراً عليه ، وعلى غيره ، كإقرار بأخ ، اعتبر فيه
الشروط الأربعة ، وشرط خامس ، وهو كون المقرّ جميع الورثة ، فإن كان المقرّ زوجاً ، أو زوجة لا وارث
معهما ، لم يثبت النسب بإقرارهما ، لأن المقرّ لا يرث المال كلّهُ ، وإن اعترف به الإمام معه ثبت النسب ،
لأنه قائم مقام المسلمين ، في مشاركة الوارث ، وأخذ الباقي ، وإن كان الوارث بنتاً ، أو أختاً ، أو أمّاً ،
أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض ، والردّ ثبت النسب بقوله ، كالابن ، لأنه يرث المال كلّهُ ، وعند
الشافعيّ : لا يثبت بقوله النسب ، لأنه لا يرى الردّ ، ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافقه الإمام
في الإقرار وجهان ، وهذا من فروع الردّ ، ويذكر في موضعه وإن كانت بنت ، وأخت ، أو أخت ،
وزوج ، ثبت النسب بقولها ، لأنهما يأخذان المال كلّهُ ، وإذا أقرّ ببن ابنه ، وابنه ميّت اعتبر فيه الشروط
التي تُعتبر في الإقرار بالأخ ، وكذلك إن أقرّ بعمّ ، وهو ابن جدّه ، فعلى ما ذكرناه .

٣٨٢٤

(فصل)

وإن كان أحد الوالدين غير وارث ، لسكونه رقيقاً ، أو مُحالفاً لدين موروثه ، أو قاتلاً ، فلا عِبرة به ، وثبت النسب بقول الآخر وحده ، لأنه يحوز جميع الميراث ، ثم إن كان المقرّ به يرث شارك المقرّ في الميراث ، وإن كان غير وارث ، لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ، ولم يرث ، وسواء كان المقرّ مسلماً أو كافراً .

٣٨٢٥

(فصل)

وإن كان أحد الوارثين غير مكلف ، كالصبيّ والمجنون ، فأقرّ المكلف بأخ ثالث ، لم يثبت النسب بإقراره ، لأنه لا يحوز الميراث كلّهُ ، فإن باع الصبيّ ، أو أفاق المجنون ، فأقرا به أيضاً ثبت نسبه ، لاتفاق جميع الورثة عليه ، وإن أنكر لم يثبت النسب ، وإن ماتا قبل أن يصيرا مكلفين ثبت نسب المقرّ به ، لأنه وجد الإقرار من جميع الورثة ، فإن المقرّ به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين ، فأقرّ به أحدهما ، وأنكر الآخر ، ثم مات المنكر ، وورثه المقرّ ثبت نسب المقرّ به ، لأن المقرّ به صار جميع الورثة ، فأشبه ما لو أقرّ به ابتداء بعد موت أخيه ، وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف ، وفيه وجه آخر : أنه لا يثبت النسب ، لأنه أنكره بعض الورثة ، فلم يثبت نسبه ، كما لو لم يمت ، بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلف ، فإنه لم يُنكره وارث ، وهذا فيما إذا كان المقرّ يحوز جميع الميراث بعد الميت ، فإن كان للميت وارث سواء ، أو من يشاركه في الميراث ، لم يثبت النسب بقول الباقي منهما ، وجهاً واحداً لأنه ليس كلّ الورثة ، ويقوم وارث الميت الثاني مقامه ، فإذا وافق المقرّ في إقراره ثبت النسب ، وإن خالفه لم يثبت ، كالمرورث ، وإن خلف ولدين ، فأقرّ أحدهما بأخ ، وأنكره الآخر ، ثم مات المنكر ، وخلف ابناً ، فأقرّ بالذي أنكره أبوه ، ثبت نسبه ، لإقرار جميع الورثة به ، ويحتمل أن لا يثبت لإنكار الميت له .

٣٨٢٦

(فصل)

وإذا أقرّ الوارث بمن يحجبه ، كأخ أقرّ بابن الميت ، وأخ من أب أقرّ بأخ من أبوين ، وابن ابن أقرّ بابن للميت ثبت نسب المقرّ به ، وورث ، وسقط المقرّ ، وهذا اختيار ابن حامد ، والقاضي ، وقول أبي العباس ابن مُرَينج ، وقال أكثر أصحاب الشافعيّ : يثبت نسب المقرّ به ، ولا يرث ، لأن تورثه يفضى إلى إسقاط تورثه ، فسقط بيانه أنه لو ورث نازح المقرّ به ، عن كونه وارثاً ، فيبطل إقراره ، ويسقط نسب المقرّ به ، وتورثه ، فيؤدّي تورثه إلى إسقاط نسبه ، وتورثه ، فأثبتنا النسب دون الميراث .

ولنا : أنه ابن ثابت النسب ، لم يوجد في حقّه أحد موانع الإرث ، فيدخل في عموم قوله تعالى (بُوصِيَكُمْ

اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِذَكَرِ مِنْهُ حَظُّ الْأُنثَيَيْنِ) أَى فِيرْث ، كَالو ثَبِت نَسَبُهُ يَبَيِّنُهُ ، وَلَآنْ ثَبُوتُ النِّسْبِ سَبَبٌ لِلْمِيرَاثِ ، فَلَا يَجُوزُ قَطْعُ حَكْمِهِ عَنْهُ ، وَلَا يَوْرِثُ مَحْجُوبٌ بِهِ مَعَ وَجُودِهِ ، وَسَلَامَتُهُ مِنَ الْمَوَانِعِ ، وَمَا احْتَجَّوْا بِهِ لَا يَصَحُّ ، لِأَنَّنَا إِنَّمَا نَعْتَبِرُ كَوْنَ الْمُقَرَّرِّ وَارْتِنَا عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْمُقَرَّرِّ بِهِ ، وَخُرُوجُهُ بِالإِقْرَارِ عَنِ الْإِرْثِ لَا يَمْنَعُ صَحَّتَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْإِبْنَ إِذَا أَقَرَّ بِأَخٍ فَإِنَّهُ يَرِثُ ، مَعَ كَوْنِهِ يَخْرُجُ بِإِقْرَارِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ جَمِيعَ الْوَرِثَةِ ، فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ إِذَا صَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُّ بِهِ ، فَصَارَ إِقْرَارُ مَنْ جَمِيعِ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُّ بِهِ طِفْلاً ، أَوْ مَحْمُوداً لَمْ يُعْتَبَرِ قَوْلُهُ ، فَقَدْ أَقَرَّ كُلُّ مَنْ يَمْتَصِرُ قَوْلَهُ . قُلْنَا : وَمِثْلُهُ هَهُنَا ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُّ بِهِ كَبِيراً فَلَا بَدَّ مِنْ تَصْدِيقِهِ ، فَقَدْ أَقَرَّ بِهِ كُلُّ مَنْ يُعْتَبَرُ إِقْرَارُهُ ، وَإِنْ كَانَ صَغِيراً غَيْرَ مُعْتَبَرٍ الْقَوْلِ لَمْ يَثْبُتِ النِّسْبُ بِقَوْلِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ كَانَا ابْنَيْنِ : أَحَدُهُمَا صَغِيرٌ ، فَأَقَرَّ الْبَالِغُ بِأَخٍ لَمْ يُقْبَلْ ، وَلَمْ يَقُولُوا : إِنَّهُ لَا نَعْتَبِرُ مُوَافَقَتَهُ ، كَذَا هَهُنَا ، وَلَآنْهُ لَوْ كَانَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ عَبْدٌ مُحْكُومٌ لَهُ بِلِسْكَ ، فَأَقَرَّ بِهِ لِغَيْرِهِ ثَبِتَ لِلْمُقَرَّرِّ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُّ يَخْرُجُ بِالإِقْرَارِ عَنْ كَوْنِهِ مَالِكاً ، كَذَا هَهُنَا .

(فصل)

٣٨٢٧

فَإِنْ خَلَفَ ابْنًا ، فَأَقَرَّ بِأَخٍ ثَبِتَ نَسَبُهُ ، ثُمَّ إِنْ أَقَرَّ بِثَالِثٍ ثَبِتَ نَسَبُهُ أَيْضًا ، لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ جَمِيعِ الْوَرِثَةِ فَإِنْ قَالَ الثَّالِثُ : الثَّانِي لَيْسَ بِأَخٍ لَنَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَسْقُطُ نَسْبُ الثَّانِي ، لِأَنَّ الثَّالِثَ وَارِثٌ مُتَدَكِّرٌ لِنَسْبِ الثَّانِي ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ نَسَبُهُ ثَابِتًا قَبْلَ الثَّانِي ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ : لَا يَسْقُطُ نَسَبُهُ ، وَلَا مِيرَاثُهُ ، لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَبِتَ بِقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَثَبِتَ مِيرَاثُهُ ، فَلَا يَسْقُطُ بَعْدَ ثَبُوتِهِ ، وَلَآنْهُ أَقَرَّ مَنْ هُوَ كُلُّ الْوَرِثَةِ حِينَ الْإِقْرَارِ ، وَثَبِتَ مِيرَاثُهُ ، فَلَا يَسْقُطُ بَعْدَ ثَبُوتِهِ ، وَلَآنَ الثَّانِي لَوْ أَنْكَرَ الثَّالِثَ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَإِنَّمَا ثَبِتَ نَسَبُهُ بِإِقْرَارِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِسْقَاطُ نَسْبٍ مَنْ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِقَوْلِهِ ، كَالأَوَّلِ ، وَلَآنَ ذَلِكَ يُوْدِّي إِلَى إِسْقَاطِ الْأَصْلِ بِالْفِرْعِ الَّذِي يَثْبُتُ بِهِ .

(فصل)

٣٨٢٨

وَإِنْ أَقَرَّ الْإِبْنَ بِأَخَوَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَصَدَّقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ ثَبِتَ نَسَبُهُمَا ، وَإِنْ تَكَادَبَا فَفِيهِمَا وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَقَرَّ بِهِ كُلُّ الْوَرِثَةِ . وَالثَّانِي : يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا . لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجِدَ الْإِقْرَارُ بِهِ مِنْ ثَابِتِ النِّسْبِ هُوَ كُلُّ الْوَرِثَةِ حِينَ الْإِقْرَارِ . فَلَمْ يُعْتَبَرِ مُوَافَقَةُ غَيْرِهِ . كَمَا لَوْ كَانَا صَغِيرَيْنِ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يُصَدِّقُ صَاحِبَهُ دُونَ الْآخَرِ ثَبِتَ نَسْبُ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . وَفِي الْآخَرِ وَجْهَانِ .

وإن كانا توأمين ثبت نسبهما . ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما . سواء تجاحدا معاً ، أو جحد أحدهما صاحبه . لأننا نعلم كذبهما . فإنهما لا يفترقان .

ولو أقرّ الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر . لأنهما لا يفترقان في النسب . وإن أقرّ بنسب صغيرين دفعةً واحدةً ثبت نسبهما . على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين . وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ يحتمل أن يثبت . لأنه أقرّ به كلُّ الورثة حين الإقرار . ولم يجحده أحد . فأشبهه ما لو انفرد . ويحتمل ألا يثبت . لأن أحدهما وارث . ولم يقرّ بصاحبه . فلم يجتمع كلُّ الورثة على الإقرار به . وبَدَقَمُ المقرِّ إلى كلِّ واحد منهما ثلث الميراث . سواء قلنا بثبوت النسب ، أو لم نقل . لأنه مقرّ به .

(فصل)

٣٨٢٩

إذا خلف امرأة . وأخاً . فأقرّت المرأة بابنٍ لليت . وأنكر الأخ لم يثبت نسبه ، ودفعت إليه ثمن الميراث . وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها . وإن أقرّ به الأخ وحده لم يثبت نسبه . ودفع إليه جميع ما في يده . وهو ثلاثة أرباع المال . فإن خلف اثنين . فأقرّ أحدهما بامرأة لأبيه . وأنكر الآخر . لم تثبت الزوجية . ويدفع إليها ثمن نصف الميراث . ولأصحاب الشافعي في هذه المسألة كقولنا . لأن الزوجية زالت بالموت . وإنما المقرّ به حقها من الميراث . ولم وجه آخر : لا شيء لها . وإن كان لليت امرأة أخرى فلا شيء للمقرّ لها . لأن الفضل الذي تستحقّه في يد غير المقرّ .

وكذلك ما كان مثل هذا . مثل أن يخلف أخاً من أب . وأخاً من أم . فيقرّ الأخ من الأم بأخٍ لليت . فلا شيء للمقرّ به . سواء أقر بأخ من أبوين . أو من أب . أو من أم . لأن ميراثه في يد غير المقرّ . وإن أقرّ بأخوين من أم دفع إليهما ثلث ما في يده . لأنه يُقرّ أنهم شركاء في الثلث . لكل واحد منهما تسع . وفي يده سدس . وهو تسع ونصف تسع . فيفضل في يده نصف تسع . وهو ثلث ما في يده .

(فصل)

٣٨٣٠

وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسبٍ مشتركٍ لهما في الميراث . ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين . وكذلك إن شهدا على إقرار الميت به . وإن كانا متهمين . كأخوين من أم يشهدان بأخٍ من أبوين . في مسألة فيها زوج . وأختان من أبوين . لم تقبل شهادتهما . لأن ثبوت نسبه يسقط القول . فيتوقف عليهما الثلث .

وكذلك لو شهد بأخٍ من أب . في مسألة معهما أم . وأخت من أبوين . وأخت من أبٍ لم تقبل

شهادتهما . لأن ثبوت نسبه يُسقط أخته . فيذهبُ القولُ من المسألة . فإن لم يكونا وارثين . أو لم يكن للعيّة تركة قبلت شهادتهما . وثبت النسبُ : لعدم التهمة .

(فصل)

٣٨٣١

وان أقرّ رجلان عدلان بنسبٍ مشتركٍ لهما في الميراث . وتمّ وارثٌ غيرُهما لم يثبت النسب . إلا أن يشهدا به . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : يثبت لأمنهما بيّنة .

ولنا : أنه إفراز من بعض الورثة . فلم يثبت به النسب . كالواحد . وفارق الشهادة . لأنه يُعتبر فيها العدالة . والذكورية . والإفرازُ بخلافه .

(فصل)

٣٨٣٢

إذا أقرّ بنسبٍ صغير . أو مجنون . ثبت نسبه . وورثته . وبهذا قال الشافعيّ . ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه . لأنّه متهم في قصد أخذ ميراثه . وقال أبو حنيفة : لا يثبت نسبه . ولا إرثه لذلك . ولنا : أن علة ثبوت نسبه في حياته الإفرازُ به . وهو موجود بعد الموت . فيثبت به . كحالة الحياة . وما ذكره يُبطل ما إذا كان المقرّ به حيّاً . مؤسراً ، أو المقرّ فقيراً . فإنه يثبت نسبه . ويملك المقرّ التصرف في ماله . وإنفاقه منه على نفسه . وان كان المقرّ به كبيراً عاقلاً . فكذلك في قول القاضي . وظاهر مذهب الشافعيّ . لأنه لا قول له ، أشبه الصغير ، وفيه وجه آخر : أنه لا يثبت نسبه . لأن نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه . ولم يوجد . ويُجاب عن هذا بأنه غير مكلف .

فإن ادّعى نسب المكلف في حياته . فلم يصدقه حتى مات المقرّ . ثم صدّقه ثبت نسبه . لأنّه وُجد الإفراز . والتصديق من المقرّ به . فأشبه ما لو صدّقه في حياته .

وقال أبو الخطاب : وإذا أقرّ رجل بزوجة امرأة . أو أقرّت أن فلاناً زوجها . فلم يصدّقه المقرّ به إلا بعد موته ، ورثه . . لأنه وُجد الإفراز . والتصديق معاً .

(فصل)

٣٨٣٣

وإذا خلف رجل وامرأة . وابناً من غيرها . فأقرّ الابن بأخيه له . لم يثبت نسبه . لأنّه لم يقرّ به كل الورثة . وهل يتوارثان ؟ فيه وجهان :

أحدهما . يتوارثان . لأنّ كل واحد منهما يُقرّ أنه لا وارث له سوى صاحبه . ولا مُنازع لهما . والثاني : لا يتوارثان . لأن النسب بينهما يثبت . لما كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه . لأنه مُنازع في الميراث . ولم يثبت نسبه .

٣٨٣٤

(فصل)

وإذا ثبت النسب بالإقرار، ثم أنكر المقر، لم يُقبل إنكاره. لأنه نسب ثبت بحجة شرعية، فلم يُزل بإنكاره، كما لو ثبت ببينة، أو بالفراس، وسواء كان المقر به غير مكلف، أو مكلفاً، فصديق المقر، ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه. لأنه ثبت باتفاقهما، فزال برجوعهما، كالسالم، والأول أصح. لأنه نسب ثبت بالإقرار، فأشبهه نسب الصغير. والمجنون، وفارق السالم. لأن النسب يُحتاط لإثباته.

٣٨٣٥

(فصل)

وإن أقرت المرأة بولد، ولم تكن ذات زوج، ولا نسب قبل إقرارها، وإن كانت ذات زوج، فهل يُقبل إقرارها؟ على روايتين: أحدهما: لا يُقبل. لأن فيه حملاً للنسب الولد على زوجها، ولم تقر به، أو إلحاقاً للعار به، بولادة أسراته من غيره.

والثانية: يُقبل. لأنها شخص أقر بولد يُحتمل أن يكون منه، فقبل، كالرجل. وقال أحمد في رواية ابن منصور، في امرأة ادّعت ولداً: فإن كان لها إخوة، أو نسب معروف، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها، فإن لم يكن لها دافع، فمن يحول بينها، وبينه، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل. فالظاهر أنه لا نحق عليهم ولادتها، فتى ادّعت ولداً لا يعرفونه، فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تُقبل دعواها مطلقاً. لأن النسب يُحتاط له. فأشبهت الرجل.

٣٨٣٦

(فصل)

ولو قدمت امرأة من بلد الروم، معها طفل، فأقر به رجل، لحقه، لوجود الإمكان، وعدم المنازع، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم، أو دخلت هي دار الإسلام، ووطئها، والنسب يُحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها، بعد عشرين سنة من غيبته آخقه، وإن لم يُعرف له قدوم إليها، ولا عُرف لها خروج من بلدها.

٣٨٣٧

(فصل)

وإن أقر بنسب صغير، لم يكن مُقرّاً بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية كان مُقرّاً بزوجيتها. لأن أنساب المسلمين، وأحوالهم يجب حملها على الصحة، وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح.

ولنا: أن الزوجية ليست مقفظة لفظه. ولا مضمونه، فلم يكن مُقرّاً بها، كما لو لم تكن معروفة.

بالحرية ، وما ذكره لا يصح ، فإن النسب محمول على الصحة ، وقد يُلحق بالوطء في النكاح العاسد ، والشبهة ، فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يقض منه لفظه ، ولم يوجبه .

(فصل)

٣٨٣٨

وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ، لا زوج لها ، ولا أقرّة بوطنها ، فقال : أحدٌ هؤلاء ولدى ، بإقراره صحيح ، وبطأب بالبيان ، فإن عيّن أحدهم ثبت نسبه ، وحرّيته . ثم يُسأل عن كيفية الاستيلاء ، فإن قال : كان بنكاح فعلى الوالد الولاء ، لأنه قدمه رِقٌّ ، والأمّ وولداها الآخران رقيقٌ قِنْ . وإن قال : استولدتها في ملكي ، فالقرّة به حرّ الأصل ، لا ولأه عليه ، والأمة أمّ ولد ، ثم إن كان المقرّ به الأكبر . فأخواه أباء أمّ ولدٍ ، حكمها حكمها في العتق بموت سيّدها . وإن كان الأوسط فالأكبر قِنْ . والأصغر له حكم أمة . وإن عيّن الأصغر ، فأخواه رقيقٌ قِنْ ، لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أمّ ولد ، وإن قال : هو من وطء شبهة ، فالولد حرّ الأصل ، وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يُبيّن ، أخذ ورثته بالبيان ، ويقوم ببيانهم مقام بيانه . فإن بيّنوا النسب ، ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب ، وحرية الولد ، ولم يثبت للأُم . ولا لولديها حكم الاستيلاء ، لأنه يحتمل أن يكون من نكاح ، أو وطء شبهة ، وإن لم يُبيّنوا النسب ، وقالوا : لا نعرف ذلك ، ولا الاستيلاء . فإنّا نريه القافة^(١) . فإن ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ، ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره ، فإن لم تسكن قافةً أقرع بينهم ، فن وقعت له القرعة عتق ، وورث . وبهذا قال الشافعي : إلا أنه لا يورثه بالقرعة .

ولنا : أنه حرّ استندت حرّيته إلى إقرار أبيه ، فورث ، كالأمة في إقراره .

(فصل)

٣٨٣٩

وإذا كان له أمتان ، لكل واحدةٍ منهما ولد ، فقال : أحدُ هذين ولدى من أمتي ، نظرت ، فإن كان لكل واحدةٍ منهما زوج ، يمكن إلحاق الولد به لم يصحّ إقراره ، ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لإحدهما زوج ، دون الأخرى ، انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى ، لأنه الذي يمكن إلحاقه به ، وإن لم يكن واحدةٍ منهما زوج ، وتسكن أقرّة السيّد بوطنهما ، صارتا فراشاً ، ولحق ولداها به ، إذا أمكن أن يولد بعد وطئه ، وإن أمكن في إحدهما دون الأخرى انصرف الإقرار إلى مَنْ أمكن ، لأنه ولده حكماً .

وإن لم يكن أقرّة بوطن واحدةٍ منهما صحّ إقراره ، وتثبت حرّية المقرّ به ، لأنه أقرّ بنسب صغير ،

(١) القافة : جمع قائف ، وهو الخبير بالأنساب الذي ينظر إلى الولد وإلى من يراد نسبه إليهم فيأخذه عن

مجهول النسب ، مع الإمكان ، لا منازع له فيه ، فلحقه نسبه ، ثم يُكَلِّفُ البيان ، كما لو طُلِقَ إحدى نساءه ، فإذا بَيَّنَّ قُبُلَ بيانه ، لأنَّ المرجع في ذلك إليه ، ثم يُطَالَبُ ببيان كيفية الولادة ، فإن قال : استولدها في ملكي ، فالولد حرُّ الأصل ، لا ولاء عليه ، وأُمُّه أُمُّ ولد ، وإن قال : في نكاح ، فعلى الولد الولاء ، لأنَّه مسرِّقٌ ، والأمةُ قَيْنٌ ، لأنها عَلِمَتْ بِمَمْلوك ، وإن قال : بوطء شبهة فالولد حرُّ الأصل ، والأمةُ قَيْنٌ لأنها عَلِمَتْ به في غير ملك .

وإن ادَّعت الأخرى أنها التي استولدها ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنَّ الأصل عدم الاستيلاء ، فأشبهه ما وادَّعت ذلك من غير إقراره بشيء ، فإذا حلف رَقَّتْ ، وَرَقَّ ولدها ، وإذا مات ورثه ولده المقرُّ به .

وإن كانت أُمُّه قد صارت أُمًّا ولد عَتَقَتْ أيضاً ، وإن لم تصر أُمًّا ولد عتقت على ولدها ، إن كان هو الوارث وحده ، وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك ، فإن مات قبل أن يُبَيَّنَّ ، قامَ وراثته مقامه في البيان ، لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب ، وغيره ، فإذا بَيَّنَّ كان كما لو بَيَّنَّ الموروث ، وإن لم يَعْلَمْ الوارث كيفية الاستيلاء ، ففي الأمة وجهان :

أحدهما : يكون رقيقاً ، لأن الرقَّ الأصلُ ، فلا يزول بالاحتمال .

والثاني يَمْتَقُّ . لأن الظاهر أنها ولدته في ملكه . لأنه أقرَّ بولدها ، وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي ، فإن لم يكن وارث ، أو كان وارث فلم يُعَيِّنْ عُرْضَ على القافة^(١) . فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه ، وكان حكمه كما لو عَيَّنَّ الوارث ، فإن لم تكن قافةً ، أو كانت فلم تُعرَفْ أقرع بين الولدين ، فَيَمْتَقُّ أحدهما بالقرعة ، لأن للقرعة مدخلاً في إثبات الحرية ، وقياس المذهب ثبوت نسبه ، وميراثه ، على ما ذكرنا في التي قبلها ، وقال الشافعي : لا يثبت نسبٌ ، ولا ميراث ، واختلفوا في الميراث ، فقال المزني : يوقف نصيب ابنٍ ، لأننا تيقنا ابناً وارثاً ، ولهم وجه آخر : لا يوقف شيء ، لأنه لا يرحى انكشافه ، وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد نصفه ، ويُقسَمُ في باقيه ، ولا يرثان ، وقال ابن أبي ليلى ، مثل ذلك ، إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ، ويدفعانه في سماتهما ، والسكلام على قسمة الحرية ، والسماية يأتي في العتق ، إن شاء الله تعالى .

(١) القافة : جمع قائف ، وهم الخبراء بالأنساب الذين ينظرون الوالد وينظرون المراد إلحاقه بهم فيلحقون بأقربه شياً إليهم .

٣٨٤٠

﴿مسألة﴾

قال ﴿وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه﴾

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف . نعلمه ، ويتعلق ذلك بتركة الميت ، كما لو أقر به الميت قبل موته ، فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء ، لأنه لا يلزمه أداء دينه ، إذا كان حياً مفلساً ، فكذلك إذا كان ميتاً ، وإن خلف تركة تتعلق الدين بها ، فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك . وإن أحب استخلاصها ، وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ، ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها ، أو قدر الدين بمنزلة الجاني ، وإن كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا ، وإن كانا اثنين ، أو أكثر ، وثبت الدين بإقرار الميت ، أو ببيّنة ، أو بإقرار جميع الورثة ، فكذلك ، وإذا اختار الورثة أخذ التركة ، وقضاء الدين من أموالهم ، فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه ، وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه ، والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين ، أو استخلاصه ، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف ، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث ، وبهذا قال النخعي ، والحسن ، والحكم ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، والشافعي في أحد قوليه ، وقال أصحاب الرأي : يلزمه جميع الدين ، أو جميع ميراثه ، وهذا آخر قول الشافعي ، رجع إليه بعد قوله كقولنا ، لأن الدين يتعلق بتركته ، فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين ، لقول الله تعالى : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) ولأنه يقول : ما أخذه المذكر أخذه بغير استحقاق ، فكان غاصباً ، فتعلق الدين بما بقي من التركة ، كما لو غصبه أجنبي .

ولنا : أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث ، فلا يلزمه أكثر من نصف الدين ، كما لو أقر أخوه . ولأنه إقرار يتعلق بحصته ، وحصّة أخيه ، فلا يجب عليه إلا ما يخصه ، كالإقرار بالوصيّة ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ، ولأنه حق لو ثبت ببيّنة ، أو قول الميت ، أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه ، فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه ، كالوصيّة ، ولأن شهادته بالدين مع غيره تُقبل ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تُقبل شهادته ، لأنه يجرّئ بها إلى نفسه نفعاً .

(فصل)

٣٨٤١

إذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب الاشتراك ، مثل أن يقولوا : ورثناها ، أو ابتعناها معاً ، فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لها جميعاً ، لأنهما اعترفا أن الدار لها مشاعة ، فإذا غصب غاصب نصفها كان منها ، والباقي بينهما ، وإن لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك ، بل ادعى كل واحد منهما نصفها ، فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر ، وكان على خصومته ، لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ،

فإن أقر لأحدهما بالكلِّ ، وكان المقر له يمتدِّع للآخر بالنصف سلَّمه إليه ، وكذلك إن كان قد تقدَّم إقراره بذلك ، وجب تسليمُ النصف إليه ، لأنَّ الذي هـى في يده قد اعترف له بها ، فصار بمنزلة ، فيدبَّت لمن يُقرَّ له ، وإن لم يكن اعترف للآخر ، وادَّعى جميعها ، أو ادَّعى أكثر من النصف فهو له ، فإن قيل : فكيف يملك جميعها ، ولم يدَّع إلا نصفها ؟ قلنا : ليس من شرط صحَّة الإقرار تقدم الدعوى ، بل متى أقرَّ الإنسان بشيء ، فصدَّقه المقرُّ له ثبت ، وقد وجد الصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف ، لأنَّ له حجةً به ، أو لأنَّ النصف الآخر قد اعترف له به ، فادَّعى النصف الذي لم يعترف به ، فإن لم يصدِّقه في إقراره بالنصف الذي لم يدَّعه ، ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يبطلُ الإقرار به ، لأنه أقرَّ به لمن يدَّعيه .

الثاني : ينزعه الحاكم من يده ، حتَّى يثبتَ لمُدَّعيه ، ويؤجره ، ويحفظ أجرته لما لسه .

والثالث : يدفع إلى مُدَّعيه ، لعدم المنازع فيه ، ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل كله كنعجو ما ذكرنا .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٤٢

قال ﴿ وكلَّ من قلتُ : القولُ قوله فلخصمه عليه اليمين ﴾ .

يعنى في هذا الباب ، وفيما أشبهه مثلُ أن يقول : عندي ألف ، ثمَّ قال : وديعةٌ أو قال : علىَّ ، ثمَّ قال : وديعةٌ ، أو قال : له عندي رهن ، فقال المالك : وديعةٌ ، ومثل الشريك ، والمضارب ، والمذكر للدعوى ، وإذا اختلفا في قيمة الرهن ، أو قدره ، أو قدر الدين الذي الرهنُ به ، وأشباه هذا ، فكلَّ مَنْ قلنا القولُ قوله فعليه لخصمه اليمينُ ، لقول النبيِّ صلى الله عليه وسلم « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » رواه مسلم ، ولأنَّ اليمين يُشرع في حقِّ من ظهر صدقه ، وقوى جانبه نقوية لقواه ، واستظهاراً ، والذي جُمع القولُ قوله كذلك ، فيجب أن تُشرع اليمين في حقِّه .

(فصل)

٣٨٤٣

إذا أقرَّ أنه وهب ، وأقبض الهبة ، أو رهن ، وأقبض ، أو أنه قبض المبيع ، أو أجر المستأجر ، ثمَّ أنكر ذلك ، وسأل إخلافَ خصمه ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يستحلف ، وهو قول أبي حنيفة ، ومحمد ، لأنَّ دعواه تكذيبٌ لإقراره ، فلا تُسمع ،

كما لو أقرَّ المضاربُ أنه ربح ألفاً ، ثم قال : غلطتُ ، ولأنَّ الإقرار أقوى من البينة ، ولو شهدت البينة ، فقال : أخلفوه لي مع بينته لم يستحلف ، كذا همنا .

والثانية . يستحلف ، وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ، لأنَّ العادة جارية بالإقرار قبل القبض ، فيحتمل صحة ما قاله ، فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ، ويُفارق الإقرار البينة لوجهين : أحدهما . أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ، ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله ، لأنها تكون شهادة زور .

والثاني : أن إنكاره مع الشهادة طعن في البينة ، وتكذيب لها ، وفي الإقرار بخلافه ، ولم يذكر القاضي في المجرّد غير هذا الوجه ، وكذلك لو أقرَّ أنه اقترض منه ألفاً ، وقبضها ، أو قال : له على ألف ، ثم قال : ما كنت قبضتها ، وإنما أقررت لأقبضها ، فالحكم كذلك ، ولأنه يمكن أن يكون قد أقرَّ بقبض ذلك ، بناء على قول وكيله ، وظنه ، والشهادة لا تجوز إلا على اليقين ، فأما إن أقرَّ أنه وهبه طعاماً ، ثم قال : ما أقبضتكم ، وقال المتهم : بل أقبضتني ، فالقول قول الواهب ، لأنَّ الأصل عدم القبض ، وإن كانت في يد المتهم ، فقال : أقبضتني ، فقال : بل أخذتها مني بغير إذن ، فالقول قول الواهب أيضاً ، لأنَّ الأصل عدم الإذن ، وإن كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مضيّ مدة ، يتأني القبض فيها ، وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين ، لما ذكرنا .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٤٤

قال ﴿ والإقرار بدين في مرض موته كالإقرار في الصحة ، إذا كان لغير وارث ﴾ هذا ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز ، وحكي أصحابنا رواية أخرى : أنه لا يقبل ، لأنه إقرار في مرض الموت ، أشبه الإقرار لوارث ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث ، لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي ، كما هو ممنوع من عطية الوارث ، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته ، بخلاف الثلث فما دون .

ولنا : أنه إقرار غير متهم فيه ، فقبل كالإقرار في الصحة ، يحقّقه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه ، وإبراء ذمته ، وتحريم المداق ، فيكون أولى بالقبول ، وفارق لإقرار للوارث ، لأنه متهم فيه على ما سذكروه .

(فصل)

٣٨٤٥

فإن أقرَّ لأجنبيّ بدين في مرضه ، وعليه دين ثبت ببينته ، أو لإقرار في صحته ، وفي المال سعة لها ، فهما

سواء ، وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخِرَقِيّ أنّهما سواء ، وهو اختيار التميمي ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو نور ، وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة ، لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ، لم يختص أحدهما برهن ، فاستويا ، كما لو ثبتا ببيئته ، وقال أبو الخطاب : لا يُخاصُّ غرماء الصحة ، وقال القاضي : هو قياس المذهب ، انصت أحمد في المفلس : أنه إذا أقرّ وعليه دين ببيئة يُبدأ بالدين الذي بالبيئة ، وبهذا قال النخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، لأنه أقرّ بعد تعلق الحق بتركته ، فوجب أن لا يُشارك المقرّ له مَنْ ثبت دينه ببيئته ، كغريم المفلس الذي أقرّ له بعد الحَجْر عليه ، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرّع ، ومن الإقرار لوارث ، ولأنه محجور عليه ، ولهذا لا تنفذ هيباته ، وتبرّعاته ، فلم يُشارك من أقرّ له قبل الحجر ، ومن ثبت دينه ببيئته ، كالذي أقرّ له المفلس ، وإن أقرّ لها جميعاً في المرض تساوي ، ولم يقدم السابق منهما ، لأنهما استويا في الحال ، فأشبهها غريمي الصحة .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٤٦

قال ﴿ وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببيئة ﴾ .

وبهذا قال شريح ، وأبو هاشم ، وابن أذينة ، والنخعي ، ويحيى الأنصاري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وروى ذلك عن القاسم ، وسالم ، وقال عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، وأبو نور : يُقبل ، لأنّ من صحّ الإقرار له في الصحة صحّ في المرض ، وكالأجنبي ، وللشافعي قولان كالْمُذهِبَيْن ، وقال مالك : يصحّ إذا لم يتهم ، وبطل إن اتهم ، كمن له بنت ، وابن عمّ ، فأقرّ لابنته ، لم يُقبل ، وإن أقرّ لابن عمه قبل ، لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ، ويوصل المال إلى ابن عمه ، وعلة منع الإقرار التهمة ، فاختصّ المنع بموضعها .

ولنا : أنه إيصال المال إلى وارثه . بقوله في مرض موته ، فلم يصحّ بغير رضی بقتية ورثته ، كهمته ، ولأنه محجور عليه في حقه ، فلم يصحّ إقراره له ، كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الأجنبي ، فإن هبته له تصحّ ، وما ذكره مالك لا يصحّ ، فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها ، فوجب اعتبارها بمطّقتها ، وهو الإرث ، وكذلك اعتبر في الوصية ، والتبرّع ، وغيرها .

(فصل — ل)

٣٨٤٧

وإن أقرّ لامرأته بمهر مثلها ، أو دونه صحّ في قولهم جميعاً ، لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشامي . قال : لا يجوز إقراره لها ، لأنه إقرار لوارث .

ولنا : أنه إقرار بما تحقق سببه . وعلم وجوده . ولم تُعلم البراءة منه . فأشبه ما لو كان عليه

دين بيّنة . فأقرّ بأنه لم يُوفّه . وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً ، فأقرّ له بشئ مثله . لأنّ القول قول المقرّ له . في أنّه لم يقبض ثمنه ، وإن أقرّ لأمّره بدين سوى الصداق لم يقبل . وإن أقرّ لها ثمّ أبانها ، ثم رجع تزوّجها . ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها . وقال محمد بن الحسن : يقبل ، لأنّها صارت إلى حال لا يقم فيها ، فأشبه ما لو أقرّ المريض . ثم برأ .

ولنا : أنه إقرار لو ارث . في مرض الموت ، أشبه ما لو لم يُدبّها . وفارق ما إذا صحّ من مرضه ، لأنه لا يكون مرض الموت .

(فصل)

٣٨٤٨

وإن أقرّ لو ارث ، فصار غير وارث . كرجل أقرّ لأخيه . ولا ولد له . ثم ولد له ابن لم يصحّ إقراره له . وإن أقرّ لغير وارث . ثم صار وارثاً صحّ إقراره له . نصّ عليه أحد في رواية ابن منصور ، إذا أقرّ لامرأة بدين في المرض ، ثم تزوّجها جاز إقراره . لأنّه غير متهم . وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان . فأقرّ لأحدهما بدين في مرضه . ثم مات الابن . وترك ابناً ، والأب حيّ ، ثم مات بعد ذلك ، جاز إقراره . فقال أحمد : لا يجوز . وبهذا قال عثمان البقيّ . وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين ، مخالفة لما قلنا . وهو قول سفيان الثوريّ . والشافعيّ ، لأنّه معنيّ يُعتبر فيه عدم الميراث . فكان الاعتبار فيه بحالة الموت . كالوصيّة .

ولنا . أنه قول يُعتبر فيه التهمة . فاعتبرت حال وجوده دون غيره ، كالشهادة ، ولأنّه إذا أقرّ لغير وارث ثبت الإقرار ، وصحّ لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحقّ به ، ولم يوجد مُسقط له . فلا يسقط ، وإذا أقرّ لو ارث وقع باطلاً ، لافتران التهمة به . فلا يصحّ بعد ذلك . ولأنّه إقرار لو ارث . فلم يصحّ . كما لو يستمر الميراث . وإن أقرّ لغير وارث صحّ ، واستمرّ كما لو استمرّ عدم الإرث . أمّا الوصيّة فإنّها عطية بعد الموت . فاعتبرت فيها حالة الموت . بخلاف مسألتنا .

(فصل)

٣٨٤٩

وإن أقرّ لو ارث ، وأجنبيّ بطل في حقّ الوارث ، وصحّ في حقّ الأجنبيّ ، ويحتمل أن لا يصحّ في حقّ الأجنبيّ ، كما لو شهد بشهادة يجرّ إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكلّ ، وكما لو شهد لابنه ، وأجنبيّ . وقال أبو حنيفة : إن أقرّ لها بدين من الشركة ، فاعترف الأجنبيّ بالشركة صحّ الإقرار لها ، وإن جحدّها صحّ له دون الوارث .

ولنا : أنه إقرار لو ارث ، وأجنبيّ فيصحّ للأجنبيّ دون الوارث ، كما لو أقرّ بلفظين ، أو كما لو جحد

الأجنبيّ الشركة ، ويُفارق الإقرار الشهادة ، لقوة الإقرار ، ولذلك لا تُعتبر فيه العدالة ، ولو أقرّ بشيء له فيه نفع ، كالإقرار بنسب مؤسّرٍ مُقبل ، ولو أقرّ بشيء يتضمن دعوى على غيره مُقبل فيما عليه ، دون ماله ، كما لو قال لامرأته : خلعتك على ألف ، بانت بإقراره ، والقول قولها في نفي العوض ، وإن قال امبيده : اشتريت نفسك مني بألف ، فكذلك .

(فصل)

٣٨٥٠

ويصحّ إقرار المريض بوارث ، في إحدى الروايتين . والأخرى لا يصحّ ، لأنّه إقرار لوارث ، فأشبهه الإقرار له بمال . ولأول أصحّ . لأنّه عند الإقرار غير وارث ، ويصحّ كما لو لم يصّر وارثاً ، ويمكن بقاء هذه المسألة على ما إذا أقرّ غير وارث ، ثم صار وارثاً ، فمن صحّح الإقرار ثمّ صحّحه ههنا ، ومن أبطله أبطله ، وإن ملك ابن عمّه ، فأقرّ في مرضه أنّه كان أعتقه في صحته ، وهو أقرب عصبته عتقاً ، ولم يرثه لأنّ تورّيته يوجب إبطال الإقرار بحريته ، وإذا بطلت الحرية سقط الإرث ، فصارت تورّيته سبباً إلى إسقاط تورّيته ، فأسقطنا التورّث ، وحده ، ويحتمل أن يرث . لأنّه حين الإقرار غير وارث ، فصحّح إقراره له ، كالمسألة قبلها .

(فصل)

٣٨٥١

ويصحّ الإقرار من المريض بإحبال الأمة ، لأنّه يملك ذلك ، فملك الإقرار به ، وكذلك كلّ ماله ملك الإقرار به ، فإذا أقرّ بذلك ثمّ مات . فإنّ بين أنه استولدها في ماله ، فولده حرّاً الأصل ، وأمه أمّ ولد ، تعتق من رأس المال . وإن قال : من نكاحه ، أو وطئه شبهة لم تصر الأمة أمّ ولد ، وعتق الولد ، فإن كان من نكاح فعليه الولد ، لأنّه من رِقّ . وإن قال . من وطئه شبهة لم تصر الأمة أمّ ولد ، وإن لم يثبت السبب ، فالأمة مملوكة ، لأنّ الأصل الرقّ ، ولم يثبت سبب الحرية ، ويحتمل أن تصير أمّ ولد . لأنّ الظاهر استيفادها في ماله من قبل أنّها مملوكة ، والولادة موجودة ، ولا ولاء على الولد ، لأنّ الأصل عدمه ، فلا يثبت إلا بدليل

(فصل)

٣٨٥٢

في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار

إذا قال : له على ألف ، أو قال له : لي عليك ألف ، فقال : نعم ، أو أجلّ أو صدقت ، أو لعمري ، أو أنا مُقرّ به ، أو بما ادّعت ، أو بدعوك ، كان مقراً في جميع ذلك ، لأنّ هذه الألفاظ وضعت للتصديق ، قال الله تعالى (هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقّاً ؟ قَالُوا نَعَمْ) وإن قال : أيسر لي عندك ألف ؟ قال : بلى ، كان إقراراً صحيحاً ، لأنّ بلى جوابٌ للسؤال بحرف النفي ،

قال الله تعالى (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ؟ قَالُوا بَلَىٰ) وإن قال : لك على ألف في علمي ، أو فيما أعلم ، كان مُقرّاً به ، لأن مافي علمه لا يحتمل إلا الوجوب .

وإن قال : اقضى الألف الذي لي عليك ، قال : نعم ، كان مُقرّاً به ، لأنه تصديق لما ادّعاه .

وإن قال : اشتري عبيدي هذا ، أو أعطني عبيدي هذا . فقال : نعم : كان إقراراً لما ذكرنا . وإن قال : لك على ألف إن شاء الله تعالى ، كان مُقرّاً به نصّاً عليه أحد . وقال أصحاب الشافعي : ليس بإقرار . لأنه علق إقراره على شرط ، فلم يصح . كما لو علقه على مشيئة زيد ، ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى ، لا سبيل إلى معرفته .

ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كله ، ولا يصرفه إلى غير الإقرار ، فلزمه ، ما أقر به ، وبطل ما وصله به ، كما لو قال : له على ألف إلا ألفاً ، ولأنه عتب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ، ولا يقتضي رفع الحكم أشبهه ما لو قال : له على ألف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له على ألف إلا أن يشاء الله صحّ الإقرار ، لأنه أقر ، ثم علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم ، فلم يرتفع ، وإن قال : لك على ألف إن شئت ، أو إن شاء زيد لم يصحّ الإقرار ، وقال القاضي : يصح . لأنه علقه بما يرفعه ، فصحّ الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل ، وكما لو قال : إن شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه ، فلم يصحّ كما لو قال : له على ألف ، إن شهد بها فلان ، وذلك لأنّ الإقرار بإخبار بحق سابق ، فلا يتعلق على شرط مستقبل .

ويُفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإنّ مشيئة الله تعالى تُذكر في الكلام تبرئاً ، وصلة ، وتفويضاً إلى الله تعالى ، لا للاشتراط ، كقول الله تعالى (لَقَدْ خَلَقْنَا السَّجْدَ الْحَرَامَ إِن شَاءَ اللَّهُ آمَنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَهُمْ) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ، ويقول الناس : صليتنا إن شاء الله تعالى ، مع نية صلاتهم ، بخلاف مشيئة آدمي .

(الثاني) أن مشيئة الله تعالى لا تُعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقف الأمر على وجودها ، ومشيئة آدمي يمكن العلم بها ، فيمكن جعلها شرطاً بنوقف الأمر على وجودها ، والماضي لا يمكن وقفه ، فيمتنع حمل الأمر ههنا على المستقبل ، فيكون وعداً لا إقراراً .

وإن قال : بعثتك إن شاء الله تعالى ، أو زوجتك إن شاء الله تعالى ، فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له : قبلت هذا النكاح ؟ فقال : نعم ، إن شاء الله تعالى ، أن النكاح وقع به ، قال أبو حنيفة : ولو قال : بعثتك بألف إن شئت ، فقال : قد شئت ، وقبلت صحّ ، لأن

(١) الأول هو ما ذكره الشارح بقوله « فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبرئاً » الخ .

قال الله تعالى (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ؟ قَالُوا بَلَىٰ) وإن قال : لك على ألف في علمي ، أو فيما أعلم ، كان مُقرّاً به ، لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب .

وإن قال : اقضى الألف الذي لي عليك ، قال : نعم ، كان مُقرّاً به ، لأنه تصديق لما ادّعاه .

وإن قال : اشتري عبدي هذا ، أو أعطني عبدي هذا . فقال : نعم : كان إقراراً لما ذكرنا . وإن قال : لك على ألف إن شاء الله تعالى ، كان مُقرّاً به نصرّاً عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعي : ليس بإقرار . لأنه علق إقراره على شرط ، فلم يصح . كما لو علقه على مشيئة زيد ، ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى ، لا سبيل إلى معرفته .

ولذا أنه وصل إقراره بما يرفعه كله ، ولا يصرفه إلى غير الإقرار ، فلزمه ، ما أقرّ به ، وبطل ما وصله به ، كما لو قال : له على ألف إلا ألفاً ، ولأنه عتب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ، ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له على ألف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له على ألف إلا أن يشاء الله صحّ الإقرار ، لأنه أقرّ ، ثم علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم ، فلم يرتفع ، وإن قال : لك على ألف إن شئت ، أو إن شاء زيد لم يصحّ الإقرار ، وقال القاضي : يصح . لأنه عتبه بما يرفعه ، فصحّ الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل ، وكما لو قال : إن شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه ، فلم يصحّ كما لو قال : له على ألف ، إن شهد بها فلان ، وذلك لأنّ الإقرار إخبار بحق سابق ، فلا يتعلق على شرط مستقبل .

ويُفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإنّ مشيئة الله تعالى تُذكر في الكلام تبرئاً ، وصلة ، ونفياً إلى الله تعالى ، لا للاشتراط ، كقول الله تعالى (لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَهُمْ) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ، ويقول الناس : صلينا إن شاء الله تعالى ، مع نية صلاتهم ، بخلاف مشيئة آدمي .

(الثاني) أن مشيئة الله تعالى لا تُعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقف الأمر على وجودها ، ومشيئة آدمي يمكن العلم بها ، فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الأمر على وجودها ، والماضي لا يمكن وقفه ، فيتمتع حمل الأمر ههنا على المستقبل ، فيكون وعداً لا إقراراً .

وإن قال : بعثك إن شاء الله تعالى ، أو زوجتك إن شاء الله تعالى ، فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له : قبلت هذا النكاح ؟ فقال : نعم ، إن شاء الله تعالى ، أن النكاح وقع به ، قال أبو حنيفة : ولو قال : بعثك بألف إن شئت ، فقال : قد شئت ، وقبلتُ صحّ ، لأن

(١) الأول هو ما ذكره الشارح بقوله « فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبرئاً » الخ .

كتاب العارية

٣٨٥٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿والعارية مضمونة ، وإن لم يتعد فيها المستعير﴾

العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال ، مشتقة من عار الشيء إذا ذهب ، وجاء ، ومنه قيل للبطال عيار ، لتردده في بطالته ، والعرب تقول : أعاره ، وعاره ، مثل أطاعه ، وطاعه ، والأصل فيها الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى « ١٠٧ : ٧ وَيَمْتَعُونَ الْمَاعُونَ » روى عن ابن عباس ، وابن مسعود : أنهما قالا : العواري^(١) وفسرهما ابن مسعود ، فقال : القدر ، والميزان ، والدلو .
وأما السنة ، فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة عام حجة الوداع « العارية مؤداة والدائن مقضى » ، والمنحة مرددة^(٢) ، والزعم^(٣) غارم^(٤) أخرجه الترمذي . وقال : حديث حسن ، غريب ، وروى صفوان بن أمية : أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين ، فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : « بل عارية مضمونة » رواه أبو داود .

وأجمع المسلمون على جواز العارية ، واستحبها ، لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع ، ولذلك صححت الوصية بالأعيان ، والمنافع جميعا . إذا ثبت هذا : فإن العارية مندوب إليها ، وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقيل : هي واجبة ، للآية ، ولما روى أبو هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال « ما من صاحب إبل لا يؤدّي حقها » الحديث ، قيل : يا رسول الله . وما حقها ؟ قال « إعارته دأوها ، وإطراق فحلها ، ومنحها تبنيها يوم وزدها » فذم الله تعالى مانع العارية^(٥) ، وتوعده^(٦) ، رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكر في خبره .

(١) أى قالا في تفسير منع الماعون أنه منع العواري أى ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض .

(٢) الزعم : الكفيل والضامن .

(٣) ذم الله تعالى مانع العارية وتوعده أيضاً بالويل بقوله تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون الماعون » وإذا تواعد الله على منعها ، كان إعطاؤها مندوبا إليه .

(٤) وكذلك تواعد الرسول صلى الله عليه وسلم مانع العارية في الحديث لأن بقيته « إلا جاءت يوم القيامة كأعد ما كانت وأنشره تنطحه بقرونها وتطوها بأحقافها » الحديث .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « إِذَا أَدَّيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » رواه ابن المنذر . ورؤي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ » وفي حديث الأعرابي الذي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا فرض الله على من الصدقة ؟ قال « الزَّكَاةُ » فقال : هل على غيرها ؟ قال « لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ شَيْئًا » أو كما قال ، والآية فسرها ابن عمر ، والحسن البصري بالزكاة ، وكذلك زيد بن أسلم . وقال عكرمة . إذا جمع ثلاثها فله الويل ، إذا سها عن الصلاة ، ورأى ، ومنع الماعون ، ويجب رد العارية ، إن كانت باقية بغير خلاف ، ويجب ضمانها إذا كانت تالفة ، تعدى فيها المستعير ، أو لم يتمدد . روى ذلك عن ابن عباس ، وأبي هريرة . وإليه ذهب عطاء ، والشافعي ، وإسحق ، وقال الحسن : والنخعي ، والشمي ، وعمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي ، وابن شبرمة : هي أمانة ، لا يجب ضمانها إلا بانتدعي ، لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرُ الْمُفْلِ^(١) ضَمَانٌ » ولأنه قبضها بإذن مالِكها ، فكانت أمانة ، كالوديعة ، قالوا : وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » يدل على أنها أمانة ، أقول الله تعالى (٤ : ٥٨) إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرِكُمْ أَنْ تَوْدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » وروى الحسن ، عن سمرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَوَدِّبَهُ » رواه أبو داود ، والترمذي . وقال : حديث حسن ، غريب ، ولأنه أخذ ملك غيره ، لنفع نفسه ، منفرداً بنفسه ، من غير استعاق ، ولا إذن في الإلتاف ، فكان مضموناً ، كما ناصب ، والمأخوذ على وجه السؤم ، وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار ، عن عبيد بن حسان ، عن عمرو بن شعيب ، وعمر ، وعبيد ضميفان . قاله الدارقطني . ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع ، والأجزاء ، وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السؤم .

(فصل)

٣٨٥٥

وإن شرط نفي الضمان لم يسقط . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حفص العسكيري : يسقط ، قال أبو الخطاب : أو ما إليه أحد ، وهو قول قتادة ، والعنبري لأنه لو أذن في إلتافها لم يجب ضمانها ، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها . وقيل : بل مذهب قتادة ، والعنبري ، أنها لا تضمن ، إلا أن يشترط ضمانها . فيجب ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » .

ولنا : أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط ، كالقبوض ببيع صحيح ، أو فاسد ، وما اقتضى الأمانة فكذلك ، كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة ، والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم إخباره بصفة العارية ، وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الإتلاف ، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ، ويسقط حكمه ، إذ لا ينعقد موجبا للضمان مع الإذن فيه ، وإسقاط الضمان ههنا نقي للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك ، ولا يملك الإذن فيه .

(فصل)

٣٨٥٦

وإذا انتفع بها ، وردّها على صفتها ، فلا شيء عليه ، لأن المنافع مأذون في إتلافها ، فلا يجب عودها ، وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ، فعليه ضمانها ، لأن ما ضمن بجلته ضممت أجزاؤه ، كالمنصوب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال ، كخمل^(١) المنشفة ، والقطيفة وخف الثوب بلبسه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يجب ضمانه . لأنها أجزاء عين مضمونة ، فكانت مضمونة . كالأجزاء مضمونة . ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين . قبل استعمالها . فتضمن إذا تلفت وحدها . كسائر الأجزاء .

والثاني : لا يضمنها ، وهو قول الشافعي . لأن الإذن في الاستعمال تضمنه . فلا يجب ضمانه . كالمنافع ، وكما لو أذن في إتلافها صريحا ، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها ، لأنه لا يمكن تمييزها من العين ، ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع ، فإذا تلفت العين قبل ذلك ، فقد فانت على غير الوجه الذي أذن فيه ، فضمنها ، كما لو أجز العينة المستعملة ، فإنه يضمن منافعها ، فإذا قلنا : لا يضمن الأجزاء ، فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال . فإنها تقوّم حال التلف ، لأن الأجزاء الثالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونا في إتلافها ، فلا يجوز تقويمها عليه ، وإن قلنا : يجب ضمان الأجزاء قوّمت العين قبل تلف أجزائها ، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلّها بأجزائها ، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه ، مثل أن يعيره ثوبا ليلبسه ، فحمل فيه ترابا ، فإنه يضمن نقصه ، ومنافعه ، لأنه تلف بتعمّده ، وإن تلف بغير تعمد منه . ولا استعمال . كتلفها لطول الزمان عليها . ووقوع نار عليها . فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ، ونحوها ، لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه . فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه . وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه ما تلف بالاستعمال ، لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه . فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه .

(١) الخمل : بفتح الحاء والميم الوبرة التي تكون للمنشفة « القوطة » والقطيفة .

(فصل)

٣٨٣٧

فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين ، لأنه لم يدخل في الإعارة ، فلم يدخل في الضمان ، ولا فائدة المستعير فيه ، فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر ، لأنه ولد عين مضمونة ، فيضمن ، كولد المغصوبة ، والأول أصح ، فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوباً ، وكذلك ولد العارية ، إذا لم يوجد مع أمه ، وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوباً . فلا أثر لكونه ولداً لها .

(فصل)

٣٨٥٨

ويجب ضمان العين بمثلها . ان كانت من ذوات الأمثال ، فإن لم تكن مثليةً ضمنها بقيمتها يوم تلفها . إلا على الوجه الذى يجب فيه ضمان الأجزاء الثالثة بالانتفاع المأذون فيه ، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ، إن كانت قيمتها حينئذٍ أكثر ، وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها ، على الوجهين جميعاً .

(فصل)

٣٨٥٩

وإن كانت العين باقية ، فعلى المستعير ردّها إلى المعير ، أو وكيله في قبضها ، ويبرأ بذلك من ضمانها ، وإن ردّها إلى المكان الذى أخذها منه ، أو إلى ملك صاحبها ، لم يبرأ من ضمانها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يبرأ ، لأنها صارت كالقبوضة ، فإن ردّ العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها ، فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة .

ولنا : أنه لم يردها إلى مالكمها ، ولا نائبه فيها ، فلم يبرأ منها ، كما لو دفعها إلى أجنبي ، وما ذكره يبطل بالسارق إذا ردّ المسروق إلى الحرز ، ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وإن ردّها إلى من جرت عادته بجرّيان ذلك على يديه ، كزوجته المتصرّفة في ماله ، وردّ الدابة إلى سائنها ، فقياس المذهب . أنه يبرأ ، قاله القاضى . لأن أحمد قال في الوديعة : إذا سلمها المودع الى امرأته ، لم يضمنها ، ولأنه مأذون في ذلك عرفاً ، أشبه ماله أذن فيه نطقاً . ومؤنة الردّ على المستعير ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤدّاة » وقوله « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » وعليه ردّها الى الموضع الذى أخذها منه ، إلا أن يتفق على ردّها إلى غيره ، لأن ما وجب ردّه لم يردّه إلى موضعه ، كالمغصوب .

(فصل)

٣٨٦٠

ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف ، لأنه تصرف في المال ، فأشبهه التصرف بالبيع . وتعدّد بكلّ فعل ، أو لفظ يدلّ عليها ، مثل قوله : أعزّتك هذا ، أو يدفع إليه شيئاً ، ويقول : بحمّك الانتفاع به ، أو خذ هذا ، فانتفع به ، أو يقول . أعزّنى هذا : أو أعطنيه أركبهُ ، أو أحمل عليه ،

وبسأله إليه ، وأشباه هذا ، لأنه إباحة للتصريف ؛ فصَحَّ بالقول ، والفعل الدال عليه ، كإباحة الطعام بقوله ، وتقديمه إلى الضيف .

(فصل)

٣٨٦١

وتجوز إعاره كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام ، كالدور ، والعقار ، والعبيد ، والجواري ، والدواب ، والثياب ، والخيل لللبس ، والفحل للضراب ، والكلب للصيد ، وغير ذلك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار أذرعاً^(١) ، وذكر إعاره دلوها ، وخلفها ، وذكر ابن مسعود عارية القدر ، والميزان ، فيثبت الحكم في هذه الأشياء ، وما عداها مقيس عليها ، إذا كان في معناها ، ولأن ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك إباحته ، إذا لم يمنع منه مانع ، كالثياب ، ولأنها أعيان تجوز إيجارها فجازت إعارتها ، كالثياب ، ويجوز استئجار الدرام ، والدنانير ، ليزن بها ، فإن استعارها ، لينفقها ، فهذا قرض ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وقيل . ليس هذا جائزاً ، ولا تكون العارية في الدنانير ، وليس له أن يشتري بها شيئاً .

ولنا : أن هذا معنى القرض ، فانهقد القرض به ، كما لو صرح به :

(فصل)

٣٨٦٢

ولا تجوز إعاره العبد المسلم لكافر ، لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه . فلم تجز إعارته لذلك ، ولا إعاره الصيد المحرم ، لأنه لا يجوز له إمساكه ، ولا إعاره المرأة الجليلة لرجل غير محرّمها . إن كان يخلو بها ، أو ينظر إليها ، لأنه لا يؤمن عليها ، وتجوز إعارتها لامراً ، ولذى محرّمها ، ولا تجوز إعاره العين لنفع محرّم ، كإعاره الدار لمن يشرب فيها الخمر ، أو يبيعه فيها ، أو يعصى الله تعالى فيها ، ولا إعاره عبده للزمر ، أو لبيعه الخمر ، أو يحملها له ، أو يفصرها . أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير والديه لخدمته ، لأنه يكره له استخدامها ، فكره استعارتهما ، لذلك .

(فصل)

٣٨٦٣

وتجوز الإعاره مطلقاً ، ومقيداً ، لأنها إباحة ، فجاز فيها ذلك ، كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستمد له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضاً مطلقاً ، فله أن يزرع فيها ، ويغرس ، ويبني ، ويفعل فيها كل ما هو معدة له من الانتفاع ، لأن الإذن مطلق ، وإن أعاره للغراس ، أو للبناء ، فله أن يزرع فيها ما شاء ، لأن ضرره دون ضررها ، فسكانته استوفى بعض ما أذن له فيه . وإن استعارها للزرع لم يغرس ، ولم يبن ، لأن ضررها أكثر ، فلم يكن

(١) أذراعاً : جمع درع ، وهو قميص من حلق الحديد يلبسه المحارب ليتقي به ضربات السيوف ونحوها .

الإذن في القليل إذناً في الكثير ، وإن استعارها للغراس ، أو للبناء ، ملك المأذون فيه منها ، دون الآخر ، لأن ضررها مختلف ، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض ، لانتشار العروق فيها ، وضرر البناء في ظاهرها ، فلم يكن الإذن في أحدهما إذناً في الآخر ، وإن استعارها لزراعة الحنطة ، فله زرعها ، وزرع ما هو أقل ضرراً منها ، كالشعير ، والياقلى ، والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره ، وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه ، كالذرة ، والذخن ، والقطن ، لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحة الانتفاع في العارية بحكم الانتفاع في الإجارة ، فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه ، وسندكر في الإجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى . وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها . وإن أذن له في غرس شجرة ، فانقلعت لم يكن له غرس أخرى ، وكذلك إن أذن له في وضع خشبة على حائط ، فانكسرت ، لم يملك وضع أخرى ، لأن الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزوه .

(فصل)

٣٨٦٤

وإن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه ، وبوكيله . لأن وكيله نائب عنه ، وبده كيده ، وليس له أن يؤجره . لأنه لم يملك المنافع ، فلا يصح أن يملكها . ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين ، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه . وليس له أن يعيره غيره ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . وقالوا في الآخر : له ذلك . وهول قول أبى حنيفة . لأنه يملكه على حسب ما يملكه ، فجاز ، كما للمستأجر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأى : إذا استعار ثوباً ليا بسه هو ، فأعطاه غيره ، فلبسه ، فهو ضامن ، وإن لم يسم من يلبسه ، فلا ضمان عليه ، وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها ، فلا ضمان عليه .

واننا : أن العارية لإباحة المنفعة ، فلم يحز أن يبيحها غيره ، كإباحة الطعام ، وفارق الإجارة . لأنه ملك الانتفاع على كل وجه ، فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له ، فأشبهه من أبيح له أكل الطعام ، فعلى هذا : إن أعار فلان مال الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما ، لأن الأول سلطه غيره على أخذ مال غيره ، بغير إذنه ، والثانى استوفاه بغير إذنه ، فإن ضمن الأول رجع على الثانى . لأن الاستيفاء حصل منه ، فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول ، إلا أن يكون الثانى لم يعلم بحقيقة الحال ، فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول ، لأنه غر الثانى ، ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعتها بغير عوض . وإن تلفت العين في يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال . لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى ، وإن رجع على الثانى لم يرجع على أحد .

٣٨٦٥

(فصل)

وإن أعاره شيئاً، وأذن له في إجارته مُدَّةً معلومةً ، أو في إعارته مُطلقاً ، أو مدَّةً جاز . لأن الحق للمالك ، فجاز ما أذن فيه . وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضى ، لأن عقد الإجارة لازم ، وتكون العين مضمونة على المستعير ، غير مضمونة على المستأجر . لأن عقد الإجارة لا يوجب ضماناً ، وإن أجره بغير إذن لم تصح الإجارة ، ويكون على المستأجر الضمان والمالك تضمين من شاء منهما ، على ما ذكرناه في العارية .

٣٨٦٦

(فصل)

ويحوز أن يستعير عبداً يرهئه ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهئه عند رجلٍ على شيء معلوم إلى وقتٍ معلوم ، فلهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز ، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته ، فصح كسائر العواري . ولا يُعتبر المسلم بقدر الدين ، وجنسه . لأن العارية لا يُعتبر فيها العلم . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : يُعتبر ذلك . لأن الضرر يختلف بذلك .

ولنا : أنها عارية لجنس من النفع ، فلم يُعتبر معرفة قدره ، كمدارية الأرض للزرع ، ولا بصير المعير ضامناً للدين ، وقال الشافعي في أحد قوايه : يصير ضامناً له في رقبة عبده . لأن العارية ما يستحق به منفعة العين ، والمنفعة ههنا للمالك ، فدل على أنه ضامن .

ولنا : أنه أعاره ليقضى منه حاجته ، فلم يكن ضامناً ، كسائر العواري . وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه . وما عداه من النفع فهو للمالك العين ، وإن عين المعير قدر الدين الذي يرهئه به ، وجنسه أو محلاً تمين . لأن العارية تتمين بالتعمين ، فإن خالفه في الجنس لم يصح . لأنه عقْدٌ لم يأذن له فيه . أشبه ما لو لم يأذن في رهنه ، وكذلك إذا أذن له في محلٍ خالفه فيه . لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحالٍ فقد لا يجد ما يفسكه به في الحال ، وإن أذن في رهنه بحالٍ فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجلٍ لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح . لأن من رضى بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه : وإن رهنه بأنقص منه جاز . لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفاً ، فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمن ، فاشتراه بدونه ، وللمعير مطالبة الراهن بفسك الرهن في الحال ، سواء كان بدينٍ حالٍ ، أو مؤجل . لأنه للمعير الرجوع في العارية متى شاء .

وإن حل الدين ، فلم يفسكه الراهن جاز بيّنه في الدين . لأن ذلك مقتضى الرهن . فإذا بيع في الدين ، أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته . لأن العارية تُضمن بقيمتها . وإن تلف بغير تفريط فلا شيء على

المرتهن . لأن الرهن لا يُضمن من غير تعدي ، وإن استعاراه عبداً من رجلين ، فرهنه بمائة ، ثم قضى خمسين على أن تخرج حصّة أحدهما لم تخرج . لأنه رهنه بجميع الدين في صفة ، فلا ينفك بمضاه بقضاء بعض الدين ، كما لو كان العبد لواحد .

٣٨٦٧

(فصل)

وتجوز العارية مُطلقة ، ومؤقتة ، لأنها إباحة ، فأشبهت إباحة الطعام وللمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء ، سواء كانت مُطلقة ، أو مؤقتة ، ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : إن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت . وإن لم تؤت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها . لأن المعير قد مأسكه المنفعة في مدة ، وصارت العين في يده بمقدّم مباح . فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك ، كالعبد الموصى بخدمته ، والمستأجر .

ولنا : أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده ، فلم يملكها بالاعارة ، كما لو لم تحصل العين في يده ، وأما العبد الموصى بخدمته فله وصي الرجوع ، ولم يملك الورثة الرجوع . لأن التبرع من غيرهم ، وأما المستأجر فإنه يملك بمقدّم معاوضة ، فيلزم ، بخلاف مسألتنا ، ويجوز للمستعير الرد متى شاء ، بغير خلاف نعلمه . لأنه إباحة ، فكان لمن أبيع له تركه ، كإباحة الطعام .

٣٨٦٨

(فصل)

وإذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ، ما لم يرجع . وإن وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع ، أو ينقضي الوقت . لأنه استباح ذلك بالإذن ، فبقا عدا محلّ الاذن يبقى على أصل التحريم ، فإن كان المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ، ولا يبني ، ولا يزرع بعد الوقت ، أو الرجوع . فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه ، وبناءه . وحكمه حكم العاصب في ذلك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعَرَقِي ظَالِمٌ حَقٌّ » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض ، على وجه العدوان . ويلزمه القلع وتسوية الحفر ، ونقص الأرض ، وسائر أحكام الغصب ، لأنه عدوان .

٣٨٦٩

(فصل)

فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثناءه ضرر بالمستعير لم يحز له الرجوع . لأن الرجوع يضر بالمستعير ، فلم يحز له الإضرار به ، مثل أن يعيره لوحاً يرقع به سفينته ، فرقعها به ، ولجّج بها^(١) في البحر لم يحز الرجوع ، ما دامت في البحر ، وله الرجوع قبل دخولها في البحر ، وبعد الخروج منه ، لعدم الضرر فيه .

(١) لجج بها في البحر : خاض بها لحججه ، واللجج بضم اللام جمع لجة وهي معظم المساء ، ويقال لجج تلججاً إذا خاض اللجة .

وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ، ما لم يُدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يَبْلُ المَيِّتُ ، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز ، كما تجوز إعارة الأرض للبناء ، والغراس . وله الرجوع ما لم يضعه ، وبعد وضعه ما لم يَبْنِ عليه . لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجر الرجوع ، لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال : أنا أدفع إليك أرضاً ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك . لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه . ولا يجب على المستعير قلع شيء من مملكته بضمان القيمة ، وإن أهدم الحائط ، وزال الخشب عنه ، أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته ، سواء بنى الحائط بآلته ، أو بفبرها . لأن العارية لا تلزم ، وإنما امتنع الرجوع قبل إهدامه ، لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه ، وقد زال ذلك . وكذلك إذا سقط الخشب والحائط بحاله .

وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ، ما لم يزرع ، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها ، إلى أن ينتهي الزرع ، فإن بذل له قيمة الزرع لئلا يملكه لم يكن له ذلك ، نص عليه أحمد . لأن له وقتاً ينتهي إليه . فإن كان مما يُحصَد قصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده ، لعدم الضرر فيه . وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي .

وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه ، فإذا غرس ، وبني فللملك الرجوع فيما بين الغراس والبناء ، لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ، ولا ضرر عليه في الرجوع منه ، فأشبهه ما لو لم يبن في الأرض شيئاً ، ولم يغرس فيها ، ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه ، وغراسه فله ذلك . لأنه مملكته ، فملك نقله . ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضى . لأن المستعير رضى بذلك ، حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه . ويحتمل أن عليه تسوية الحفر ، لأن القلع باختياره ، فإنه لو امتنع منه لم يُجبر عليه ، فلزمه تسوية الحفر ، كما لو خرّب أرضه التي لم يستمرها .

وإن أبى القلع ، فبذل له المعير ما ينقص بالقلع ، أو قيمة غراسه ، وبنائه قائماً ، ليأخذه المعير أجراً المستعير عليه . لأنه رجوع في العارية من غير إضرار ، وإن قال المستعير : أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له ، لأن الغراس تابع ، والأرض أصل . ولذلك يتبعها الغراس ، والبناء في البيع ، ولا تنبعضهما ، وبهذا كله قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُطالب المستعير بالقلع من غير ضمان ، إلا أن يكون أعاره مدة معلومة ، فرجع فيها قبل انقضائها . لأن المعير لم يغره ، فكان عليه القلع ، كما لو شرطه عليه .

ولنا أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع ، فلم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت ، وقولهم لم يغره ممنوع ، فإن الغراس ، والبناء ، يُراد للتبعية ، وتقدير المدة ينصرف إلى

ابتدائه ، كما أنه قال له : لا تفرس بعد هذه المدّة . فإن امتنع المبيع من دفع القيمة ، وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، ودفع الأجرة لم يقطع . لأن الإعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام ، وتضرر إزالته رضا بالإبقاء ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٌ حَقٌّ » يدلّ بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حقّ . فعمد ذلك إن انتفعا على البيع بيعت الأرض بغراءهما ، ودفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقه ، فيقال : كم قيمة الأرض غير مفروسة ولا مبنية ؟ فإذا قيل : عشرة . قلنا . وكم تساوى مفروسة ومبنية ؟ فإن قالوا : خمسة عشر . قلنا : فلامير ثلثا الثمن ، والمستمير ثلثه ، وإن امتنعا عن البيع بقيما على حالهما ، والمعير دخول أرضه كيف شاء ، والانتفاع بها بما لا يضرّ الغراس والبناء ، ولا ينتفع بهما ، وليس لصاحب الغراس ، والبناء الدخول إلا لحاجة ، مثل السقي ، وإصلاح الثمرة . لأن لإذن في الغراس إذن فيما يعود بصلاحه ، وأخذ ثماره ، وسقيه ، وليس له دخولها للتفرّج . لأنه قد رجع في الإذن له ، ولكلّ واحد منهما بيع ما يختصّ به من الملك منفرداً ، فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه .

وقال بعض أصحاب الشافعيّ : ليس للمستعير بيع الشجر . لأن ملكه فيه غير مستقرّ ، بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيمته . قلنا : عدم استقراره لا يمنع بيعه ، بدليل الشقص المشفوع ، والصدق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ، وردّ العارية غير مشفوعة لزمه ذلك ، لأن المسلمين على شروطهم ، ولأن العارية مؤقتة غير مطلقّة ، فلم تتناول ما عدا المقيّد . لأن المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع . وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه . ولا نعلم في هذا خلافاً ، وأما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع : فإن كانت مشروطة عليه لزمه ، أما ذكرنا ، وإلا لم يلزم . لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ، ونحوه ، حيث اشترط القلع . ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل ، إلا فيما إذا استعار أرضاً للزراعة ، فزرعها ، ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع ، فإنّ عليه أجراً مثله من حين رجع المعير . لأن الأصل جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ، ففي دفع الأجر جمع بين الحقيقين ، فيخرج في سائر المسائل مثل ، هذا الوجود هذا المعنى فيه ، ويحتمل أن لا يجب الأجر في شيء من المواضع . لأن حكم العارية باقٍ فيه ، لسكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها ، والإعارة تقتضى الانتفاع بغير عوض .

(فصل)

٣٨٧٠

ولإذا استعار دابة ليركبها جاز . لأن إجارتها لذلك جائزة ، والإعارة أوسع ، لجوازها فيما لا تجوز لإجارتها ، مثل إعارة السكّاب للصيد ، فإن استعارها إلى موضع ، تجاوزه ، فقد تعدّى ، وعليه الأجرة للزيادة

خاصّةً ، فإذا استعارها إلى طَبَرِيَّةَ ، فتجاوز إلى القُدُس ، فعليه أجر ما بين طَبَرِيَّةَ والقُدُس خاصّةً ، وإن اختلفا : فقال المالك : أعرْتُكها إلى طَبَرِيَّةَ ، وقال المستعير : أعرْتُنيها إلى القُدُس . فالقولُ قولُ المالك وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وقال مالك : إن كان يُشبه ما قال المستعير فالقولُ قوله ، وعليه الضمان .

ولنا : أن المالك مدّعى عليه ، فكان القولُ قوله ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « آكِنِ اليمينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » .

(فصل)

٣٨٧١

ومن استعار شيئاً ، فانتفع به ، ثم ظهر مستحقاً فلما لم يجر مثله ، يطالب به من شاء منهما ، فإن ضمن المستعيرُ رجوعَ على المعبّر بما غرم . لأنه غَرَمَ بذلك ، وغَرَمَ . لأنه دخل على أن لا أجر له ، وإن رجع على المعبر لم يرجع على أحد ، فإن الضمان استقرّ عليه ، قال أحمد في قَصَّارٍ دفع ثوباً إن غير صاحبه ، فلبسه ، فالضمان على القَصَّار دون اللابس . وإن تلف فالقيمة تستقرّ على المستعير ، لأنه دخل على أن العين مضمونة عليه ، فإن ضمن المعبر رجوع على المستعير ، وإن ضمن المستعير لم يرجع على أحد . لأن الضمان استقرّ عليه ، وإن نقصت العين بالاستعمال اتبني على ضمان النقص ، فإن قلنا : هو على المستعير لحكمه حكم القيمة ، وإن قلنا : هو على المعبر فهو كالأجر على ما بيناه .

(فصل)

٣٨٧٢

وإذا حمل السيل بذر رجل من أرضه إلى أرضٍ غيره ، فنبت فيها لم يُجبر على قلعه ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يُجبرُ على ذلك ، إذا طالبه ربّ الأرض به . لأن ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره .

ولنا : أن قلعه إتلاف للمال على مالكه ، ولم يوجد منه تفريط ، ولا بدوم ضرره ، فلا يُجبر على ذلك ، كما لو حصلت دابته في دار غيره ، على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب ، أو قتلها ، فإننا لا نجبره على قتلها ، ويُفارق أغصان الشجرة ، فإنه بدوم ضرره ، ولا يُعرف قدر ما يشغل من الهواء ، فيؤدّى أجره .

إذا ثبت هذا : فإنه يُقرّ في الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله ، وقال القاضي : ليس عليه أجر . لأنه حصل في أرض غيره ، بغير تفريطه ، فأشبه ما لو باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه ، وهذا بعيد . لأن إلزامه بتبقيّة زرع ما أُذِنَ فيه في أرضه ، بغير أجر ، ولا انتفاع ، لإضرار به ، وشغل للملك بغير

اختياره ، من غير عَوْض ، فلم يحجز ، كما لو أراد إبقاء بهيمته في دار غيره عاملاً ، ويفارق مبيتها . لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ، ولا يمنع من إخراجها ، فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به ، بخلاف مسألتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر . لأنه من عين ماله .

ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب ، على ما سنفذ كره . لأنه حصل في أرضه بغير إذنه ، فأشبهه ما لو زرعه ماله ، والأول أولى لأن هذا بغير عدوان ، وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه . وإن أحب ماله قلمه ، فله ذلك ، وعليه تسوية الحفر ، وما نقصت الأرض . لأنه أدخل النقص على ملك غيره ، لاستصلاح ملكه ، فأشبهه المستعير ، وأما إن كان السيل حل نوى فنبت شجراً في أرض غيره ، كالزيتون والنخيل ، ونحوه ، فهو للمالك النوى . لأنه من ثمر ملكه ، فهو كالزرع ، ويجبر على قلمه ههنا ، لأن ضرره بدوم ، فأجبر على إزالته ، كأغصان الشجرة المنتشر في هواء ملك غير مالكيها .

وإن حل السيل أرضاً بشجرها ، فنبت في أرض آخر ، كما كانت ، فهي للمالك ، يجبر على إزالتها ، كما ذكرنا ، وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المقتلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ، ولا أجر ولا غير ذلك . لأنه حصل بغير تقييده ، ولا عدوانه ، وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشفولة به ، إن شاء أخذه لنفسه ، وإن شاء قلمه .

(فصل)

٣٨٧٣

وإذا اختلف رب الدابة ، وراكبها ، فقال الراكب : هي عارية ، وقال المالك : بل أكتريتها ، فإن كانت الدابة باقية : لم يخل من أن يكون الاختلاف عقيب العقد ، أو بعد مضي مدة لمثلها أجر ، فإن كان عقيب العقد فالقول قول الراكب . لأن الأصل عدم عقد الاجارة ، وبراءة ذمة الراكب منها ، فيحلف ، ويرد الدابة إلى مالكيها ، لأنها عارية . وكذلك إن ادعى المالك أنها عارية ، وقال الراكب : بل أكتريتها ، فالقول قول المالك مع يمينه ، لما ذكرنا ، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر ، فادعى المالك الاجارة ، فالقول قوله مع يمينه ، وحكى ذلك عن مالك ، وقال أصحاب الرأي : القول قول الراكب ، وهو منصوص الشافعي ، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب ، وادعى المالك عَوْضاً لها ، والأصل عدم وجوبه ، وبراءة ذمة الراكب منه ، فكان القول قوله .

ولنا : أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب ، فكان القول قول المالك ، كما لو اختلفا في عين ، فقال المالك : بمقتكها ، وقال الآخر : وهبتنيها ، ولأن المنافع تجري

يجرى الأعيان في الملك ، والمقد عليها ، ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك ، كذا ههنا . وما ذكروه بباطل بهذه المسألة ، ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها ، فيكون القول قوله في كيفية الانتقال ، كالأعيان ، فيحلف المالك ، ويستحق الأجر ، وفي قدره وجهان :

أحدهما : أجر المثل . لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل . فع الاختلاف في أصله أولى .

والثاني : المسمى . لأنه وجب بقول المالك ، ويمينه ، فوجب ما حلف عليه كالأصل وإن كان اختلافهما في أثناء المدّة ، فالقول قول الراكب فيما مضى منها ، والقول قول المستعير فيما بقى ، لأن ما بقى بمنزلة ما لو اختلفا عقيب المقد .

وإن ادّعى المالك في هذه الصورة أنها عارية ، وادّعى الراكب أنها بأجر ، فالراكب يدعى استحقاق المنافع ، ويعترف بالأجر للمالك ، والمالك ينكر ذلك كله . فالقول قوله مع يمينه ، فيحلف ، ويأخذ بهيمته .

وإن اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبيل مضي مدّة لمثلها أجر فالقول قول المالك ، سواء ادّعى الإجارة ، أو الإعارة ، لأنه إن ادّعى الإجارة فهو معترف للراكب ببرادة ذمته من ضمانها . فيقبل إقراره على نفسه .

وإن ادّعى الإعارة فهو يدّعي قيمتها ، فالقول قوله . لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَوَدَّيَهُ » فإذا حلف المالك استحقاق القيمة ، والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه ، لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها ، والأصل عدمها ، وإن اختلفا في ذلك بعد مضي مدّة لمثلها أجر ، وتلف البهيمة ، وكان الأجر بقدر قيمتها ، أو كان ما يدّعيه المالك منهما أقلّ ممّا يعترف به الراكب ، فالقول قول المالك بغير يمين ، سواء ادّعى الإجارة ، أو الإعارة . إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به .

ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين ، لأنه يدّعي شيئا لا يصدق فيه ، ويعترف له الراكب بما لا يدّعيه ، فيحلف على ما يدّعيه ، وإن كان ما يدّعيه المالك أكثر ، مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها ، فادّعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة ، وأنكر استحقاق الأجرة ، وادّعى الراكب أنها مكترأة ، أو كان الكراء أكثر من قيمتها ، فادّعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء ، وادّعى الراكب أنها

عارية ، فالقول قول المالك . في الصورتين ، لما قدّمنا ، فإذا حلف استحق ما حلف عليه ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل)

٣٨٧٤

وإن قال المالك : غصبها ، وقال الراكب : بل أعرّتها ، فإن كان الاختلاف عقيب العقد ، والدابة قائمة لم يتلف منها شيء ، فلا معنى للاختلاف ، ويأخذ المالك بهيئته ، وكذلك إن كانت الدابة تالفة . لأن القيمة تجب على المستعير ، كوجوبها على الغاصب ، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فالاختلاف في وجوبه ، والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي . ونقل المزي عنده : أن القول قول الراكب ، لأن المالك يدعى عليه عوّضاً الأصل براءة ذمته منه ، ولأن الظاهر من أليد أنها بحق ، فكان القول قول صاحبها .

ولنا : ما قدّمنا في الفصل الذي قبل هذا ، بل هذا أولى . لأنهما تمّ اتفاقاً على أن المنافع ملك للراكب . وههنا لم يتفق على ذلك ، فإن المالك ينكر انتقال الملك فيها إلى الراكب ، والراكب يدعيه . والقول قول المنكر . لأن الأصل عدم الانتقال ، فيحلف ، ويستحقّ الأجر ، وإن قال المالك : غصبها ، وقال الراكب : أعرّتها ، فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة . لأن الأجر يجب في الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه . فإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر ، والمسمى بقدر أجر المثل . أخذه المالك ، لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى ، وفي اليمين وجهان ، وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقّه إلا بيمين ، وجهاً واحداً .

كتاب الغصب

الغصب : هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق ، وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى : (٤ : ٢٩ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) وقوله تعالى (٢ : ١٨٨ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِقَا كَلُوا فَرِيقًا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) وقوله تعالى : (٥ : ٣٨ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا) والسرقة نوع من الغصب .

وأما السنة : فروى جابر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر « إِنْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » رواه مسلم ، وغيره . وعن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا طَوَّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » متفق عليه . وروى أبو حرة الرقاشي ، عن عمة ، وعمر بن يُثْرِبٍ ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » رواه أبو إسحاق الجوزجاني ، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع منه .

إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً ، بغير خلاف نعلمه : لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ولأن حق الغصب منه مُعلّق بعين ماله ، ومالتيه ، ولا يتحقق ذلك إلا برده ، فإن تلف في يده لزمه بدله ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٤ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المسالمة ، ثم بنظر : فإن كان مما تماثل أجزأؤه ، وتفاوت صفاته ، كالحبوب ، والأدهان ، وجب مثله ، لأن المثل أقرب إليه من القيمة ، وهو مماثل له من طريق الصورة ، والمشاهدة ، والمعنى ، والقيمة مماثلة من طريق الظن ، والاجتهاد ، فكان ما طريقه المشاهدة مقدماً كما يقدم النص على القياس ، ليكون النص طريقة الإدراك بالسمع ، والقياس طريقة الظن ، والاجتهاد .

وإن كان غير متقارب الصفات ، وهو ما عدا المكيل ، والموزون ، وجبت قيمته في قول الجماعة ، وحكى عن العنبري : يجب في كل شيء مثله ، لما روت جسيمة بنت دجاجة ، عن عائشة رضي الله عنها (م ٢٣ - الف - خامس)

أنها قالت « مَا رَأَيْتُ صَانِعًا مِثْلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعَامًا ، فَبِعَتْهُ بِه إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَخَذَنِي الْأَفْكَلُ ^(١) فَكَسَرْتُ الْإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ فَقَالَ : إِنَاءًا مِثْلُ الْإِنَاءِ ، وَطَعَامًا مِثْلُ الطَّعَامِ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَعَنْ أَنَسٍ « أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَسَرَتْ قَصْعَةً الْأُخْرَى ، فَدَفَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَصْعَةَ السَّكَاوَةِ إِلَى رَسُولِ صَاحِبَةِ الْمَكْسُورَةِ ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ نَحْوَهُ ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، صَحِيحٌ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَسْلَفَ بَعِيرًا وَرَدَّ مِثْلَهُ ^(٢) .

ولنا : مَارَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . فَأَمَرَ بِالتَّقْوِيمِ فِي حَصَةِ الشَّرِيكِ ، لِأَنَّهَا مُتَلَفَةٌ بِالْعِتْقِ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِالْمِثْلِ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَنْسَاوِي أَجْزَاؤَهَا ، وَتَتَبَايَنُ صِفَاتُهَا ، فَالْقِيَمَةُ فِيهَا أَعْدَلُ ، وَأَقْرَبُ إِلَيْهَا ، فَكَانَتْ أُولَى ، وَأَمَّا الْخَبَرُ فَحَمُولٌ عَلَى أَنَّهُ جَوَّزَ ذَلِكَ بِالتَّرَاضَى ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّهَا تَرْضَى بِذَلِكَ .

(فصل)

٣٨٧٥

وما تماثل أجزاءه ، وتقتارب صفاته ، كالدرهم ، والدنانير ، والحبوب ، والأدهان ، مُضْمِنٌ بِمِثْلِهِ ، بغير خلاف . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : كُلُّ مَطْعُومٍ مِنْ مَا كُولَ ، أَوْ مَشْرُوبٌ ، فَجَمَعَ عَلَى أَنَّهُ يُجِبُّ عَلَى مُسْتَهْلِكِهِ بِمِثْلِهِ ، لَا قِيَمَتُهُ . وَأَمَّا سَائِرُ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ : أَنَّهُ يُضْمِنُ بِمِثْلِهِ أَيْضًا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ وَإِبْرَاهِيمَ بْنِ هَانٍ : مَا كَانَ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ ، وَمَا يُكَالُ ، وَيُوزَنُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، دُونَ الْقِيَمَةِ . فَظَاهِرٌ هَذَا وَجُوبُ الْمِثْلِ فِي كُلِّ مَكِيلٍ ، وَمُوزُونٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا فِيهِ صِنَاعَةٌ ، كَمَمُولِ الْحَدِيدِ ، وَالنَّحَاسِ ، وَالرَّصَاصِ مِنَ الْأَوَانِي ، وَالْآلَاتِ ، وَنَحْوِهَا ، وَالْحُلِيِّ مِنَ الذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَشَبْهِهِ ، وَالْمَنْسُوجِ مِنَ الْحَرِيرِ ، وَالسَّكَّتَانِ ، وَالْقَطَنِ ، وَالصُّوفِ ، وَالشَّعْرِ ، وَالْمَغْزُولِ مِنْ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يُضْمِنُ بِقِيَمَتِهِ . لِأَنَّ الصِّنَاعَةَ تَوْثِّرُ فِي قِيَمَتِهِ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ ، فَالْقِيَمَةُ فِيهِ أَحْصَرُ ، فَاشْبَهَ غَيْرَ الْمَكِيلِ ، وَالْمُوزُونِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي : أَنَّ الْفُقْرَةَ ^(٣) وَالسَّبِيكَةَ مِنَ الْأَثْمَانِ ، وَالْعِنَبِ ، وَالرُّطَبِ وَالْكُثْرَى يُضْمِنُ بِقِيَمَتِهِ ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ بَدَلًا عَلَى مَا قُلْنَا : وَإِنَّمَا خَرَجَ مِنْهُ مَا فِيهِ الصِّنَاعَةُ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضْمِنَ الْفُقْرَةُ بِقِيَمَتِهَا ، لِنَعْدَرُ وَجُودَ مِثْلِهَا ، إِلَّا بِتَكْسِيرِ الدَّرَاهِمِ الْمَضْرُوبَةِ ، وَسَبْكِهَا . وَفِيهِ إِتْلَافٌ .

(١) الأفكل : الرعدة .

(٢) البعير الذي رده الرسول صلى الله عليه وسلم كان خيرا من البعير الذي استسلفه ، وكانت الزيادة تبرعا من الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٣) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة ، والسبيكة المصبوكة .

فعلى هذا : إن كان المضمون بقيمته من جنس الأمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد ، فإن كانت من غير جنسه وجبت بكل حال ، وإن كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته ، وإن كانت أقل ، أو أكثر قوّم بغير جنسه لئلا يؤدي إلى الربا .

وقال القاضى : إن كانت فيه صناعة مباحة ، فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه ، لأن ذلك قيمته ، والصناعة لها قيمة ، وكذلك لو كسّر الخلى وجب أرش كسره ، ويخالف البيع . لأن الصناعة لا يقابلها العوض فى العقود ، ويقابلها فى الإتلاف ، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد ، وتنفرد بضمانها بالإتلاف ، قال بعض أصحاب الشافعى هذا مذهب الشافعى ، وذكر بعضهم مثل القول الأول ، وهو الذى ذكره أبو الخطاب . لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض ، فالزيادة فيه ربا ، كالبيع وكأنه نقص .

وقد قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا كسّر الخلى يصلحه أحب إلى . قال القاضى : وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك ، لا أنه على طريق الوجوب ، وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة ، فإن كانت محرمة ، كالأواني ، وحلى الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه ، وجهاً واحداً . لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً ، فهى كالعُدومة .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٧٦

قال ﴿ ومن غصب أرضاً ، ففرسها أخذ بقلع غرسه ، وأجرتها إلى وقت تسليمها ، ومقدار نقصانها إن كان نقصان الفرس ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول :

أحدهما

٣٨٧٧

أنه يتصور غصب العقار من الأراضى ، والدور ، ويجب ضمانها على غاصبها . هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وبه قال مالك ، والشافعى ، ومحمد بن الحسن ، وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً ، فزرعها ، ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض ، وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء ، وظاهر هذا : أنها لا تضمن بالغصب . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يتصور غصبها ، ولا تضمن بالغصب . وإن أتلفها ضمنها بالإتلاف ، لأنه لا يوجد فيها النقل ، والتحرير ، فلم يضمها ، كما لو حال بينه وبين متاعه ، فتلف المتاع . لأن الغصب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ، ولا يمكن ذلك فى العقار .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شَيْءٍ مِنَ الْأَرْضِ طَوَّقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » رواه البخارى عن عائشة ، وفى لفظ « مَنْ غَصَبَ شَيْئاً مِنَ الْأَرْضِ » فأخبر النبى صلى الله

عليه وسلم أنه يُغصب ويُظلم فيه ، ولأن ما ضُمّن في البيع وجب ضمانه في الغصب ، كالمقول ، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله ، مثل أن يسكن الدار ، ويمنع ماله من دخولها ، فأشبهه ما لو أخذ الدابة ، والمتاع ، وأما إذا حال بينه وبين متاعه ، فما استولى على ماله فنظيره ههنا ، أن يُحبس المالك ، ولا يستولى على داره ، وأما ما تلف من الأرض بفعله ، أو سبب فعله ، كهدم حيطانها ، وتفريقها ، وكشط ترابها ، وإلقاء الحجارة فيها ، أو نقص يحصل بفرسه ، أو بنائه ، فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ، ولا بين العلماء . لأن هذا إتلاف ، والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف ، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء . فلو دخل أرض إنسان ، أو داره لم يضمنها بدخوله ، سواء دخلها بإذنه ، أو غير إذنه ، وسواء كان صاحبها فيها ، أو لم يكن ، وقال بعض أصحاب الشافعي : إن دخلها بغير إذنه ، ولم يكن صاحبها فيها ضمنها ، سواء قصد ذلك ، أو ظن أنها داره ، أو دار أذن له في دخولها . لأن يد الداخل ثبتت عليها بذلك ، فيصير غاصباً ، فإن الغصب إثبات اليد العادية ، وهذا قد ثبتت يده ، بدليل أنها لو تنازعا في الدار ، ولا بينة لها حكم بها لمن هو فيها ، دون الخارج منها .

ولنا : أنه غير مستولى عليها ، فلم يضمنها ، كما لو دخلها بإذنه ، أو دخل صحراؤه ، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية ، وهذا لا يثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها ، فكذلك لا يثبت به الغصب ، إذا كان بغير إذن .

(الفصل الثاني)

٣٨٧٨

أنه إذا غرس في أرض غيره بغير إذنه ، أو بنى فيها ، فطلب صاحب الأرض قلع غراسه ، أو بنائه ، لزم الغاصب ذلك . ولا نعلم فيه خلافاً . لما روى سعيد بن زيد ، بن عمرو ، بن نفعيل : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ إِمْرٌ قِي ظَالِمٌ حَقٌّ » رواه أبو داود ، والترمذي ، وقال حديث حسن . وروى أبو داود ، وأبو عبيد في الحديث : أنه قال « فَلَقَدْ أَخْبَرَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هَذَا الْحَدِيثَ : أَنَّ رَجُلًا غَرَسَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ مِنْ بَنِي بَيْضَةَ فَأَخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَضَى لِلرَّجُلِ بِأَرْضِهِ ، وَقَضَى لِلْآخَرِ أَنْ يَنْزِعَ نَخْلَهُ ، قَالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا تُضْرَبُ فِي أَصُولِهَا بِالْقُتُوسِ ، وَإِنَّهَا لَتَخُلُّ عُمٌّ ^(١) » ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه ، يغير إذنه ، فلزمه تفريقه ، كما لو جعل فيه قماشاً ، وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ، ورد الأرض إلى ما كانت عليه ، لأنه ضرر حصل بفعله في ملك غيره ، فلزمته إزالته ، وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر ، والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك . لأنه عين

(١) العم : بفتح العين كثيرا وقد تضم : النخل الطوال .

مال الغاصب ، فلم يملك صاحب الأرض أخذه ، كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً ، وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالسه إلا القلع فله القلع . لأنه ماله ، فملك نقله ، ولا يجبر على أخذ القيمة . لأنها معاوضة ، فلم يجبر عليها ، وإن اتفق على أموضه عنه بالقيمة ، أو غيرها جاز . لأن الحق لها ، فجاز ما اتفقا عليه .

وإن وهب الغاصب الفراس ، والبناء للمالك الأرض ، ليعتص من قلمه وقبلة المالك جاز ، وإن أبى قبوله ، وكان في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قبوله ، لما تقدم .

وإن لم يكن في قلمه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله . لأن فيه رفع الحصرمة من غير غرض يفوت ، ويحتمل أن يجبر . لأن فيه إجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه .

وإن غصب أرضاً ، وغراساً من رجل واحد ، ففرسه فيه ، فالكل للمالك الأرض ، فإن طالبه المالك بقلمه ، وفي قلمه غرض أجبر على قلمه . لأنه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض ، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت ، وعليه تسوية الأرض ، ونقصها ، ونقص الفراس ، لما ذكرنا . وإن لم يكن في قلمه غرض لم يجبر على قلمه . لأنه سفة فلا يجبر على السفة . وقيل : يجبر لأن المالك محكم في ماله ، والغاصب غير محكم . فإن أراد الغاصب قلمه ، ومنعه الحاكم لم يملك قلمه . لأن الجميع ملك للمفصوب منه ، فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إنه .

(فصل)

٣٨٧٩

والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جيمه ، إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها ، إذا لم يكن في النقص غرض صحيح . لأن النقص سفة . والأول أصح . لما روى الخلال بإسناده ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ بَنَى فِي رِبَاعِ قَوْمٍ بِأَذْنِهِمْ فَلَهُ الْقِيَمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِ أذْنِهِمْ فَلَهُ النِّقْضُ » ولأن ذلك معاوضة ، فلا يجبر عليها ، وإذا كانت الآلة من تراب الأرض ، وأحجارها ، فليس للغاصب النقص على ما ذكرنا في الفرس .

(فصل)

٣٨٨٠

وإن غصب داراً ، فحصدتها ، وزوتها ، وطالبه رثتها بإزالته ، وفي إزالته غرض لزمه إزالته ، وأرشد نقصها إن نقصت ، وإن لم يكن فيه غرض فوهمه الغاصب لمالكها أجبر على قبوله . لأن ذلك صفة في الدار ، فشبه بصارة الثوب ، ويحتمل أن يجبر لأنها أعيان متميزة ، فصارت بمنزلة القماش ، وإن طلب الغاصب قلمه ، ومنعه المالك ، وكان له قيمة بعد الكشط ، فلما غاصب قلمه ، كما يملك قلع غراسه ، سواء بذل له المالك قيمته ، أو لم يبدل ، وإن لم يكن له قيمة ففيه وجهان :

أحدهما : يملك قلعه : لأنه عينُ ماله .

والثاني : لا يملك لأنه سَفَهٌ يضرُّ ، ولا ينفع . فلم يُجبر عليه ، وإن بذل المالك له قيمته ليركه .

(فصل)

٣٨٨١

وإن غصب أرضاً ، وكشط ترابها لزمه ردُّه ، وفرشهُ على ما كان ، إن طلبه المالك ، وكان فيه غرضٌ صحيح ، وإن لم يكن فيه غرض ، فهل يُجْبَرُ على فرشهِ ؟ يحتمل وجهين . وإن منعه المالك فرشهُ ، أو ردَّه ، وطلب الغاصبُ ذلك ، وكان في ردِّه غرض من إزالة ضررٍ ، أو ضمانٍ ، فله فرشهُ ، وردَّه ، وعليه أجرٌ مثلها مدَّة شغلها ، وأجرٌ نقصها .

وإن أخذ تراب أرض ، فضرب به لَبِنًا ردَّه ، ولا شيء له ، إلا أن يكون قد جعل فيه تَبْنًا له ، فيكون له أن يَحْمِلَهُ ، وبأخذ تَبْنِهِ .

وإن كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان ، بقاء على كشط التزويق ، إذا لم يكن له قيمة .

وإن طالبه المالك بحمِّله لزمه ذلك ، إذا كان فيه غرض ، وإن لم يكن فيه غرض فله وجهين ، وإن حمِّله أَجْرًا ، أو فَخَّارًا لزمه ردُّه ، ولا أجر له لعمله ، وليس له كسرُهُ ، ولا للمالك إجبارُهُ عليه . لأن ذلك سَفَهٌ لا يُفِيدُ ، وإتلافٌ للمال ، وإضاعةٌ له ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال .

(فصل)

٣٨٨٢

وإن غصب أرضاً ، فحفر فيها بئرًا ، فطالبه المالك بِطَمِّهَا ^(١) لزمه ذلك . لأنه يضرُّ بالأرض . ولأن التراب ما سكه نقله من موضعه ، فلزمه ردُّه ، كتراب الأرض ، وكذلك إن حفر فيها نهراً ، أو حفر بئرًا في ملك رجل بغير إذنه .

وإن أراد الغاصب طمَّها ، فمنعه المالك ، نظرنا : فإن كان له غرض في طمَّها ، بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها ، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه ، أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريقه ، فله الردُّ لما فيه من الغرض ، وبهذا قال الشافعي .

وإن لم يكن له غرض في طمِّ البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه ، ممَّا حفر ، وأذن فيه . لم يكن له طمُّها في أحد الوجهين ، لأنه إتلاف لا نفع فيه ، فلم يكن له فعله ، كما لو غصب نَقْرَةً ، فطبعها دَرَاهِمَ ، ثم أراد جعلها نَقْرَةً ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزني ، وبعضُ الشافعية .

(١) طمها : ردمها وإعادتها كما كانت.

وقال بعضهم : له طمها ، وهو الوجه الثانى لنا . لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك ، لأنه إبراء مما لم يجب بعد ، وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها .

ولنا : أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدى . فإذا رضى صاحب الأرض زال التعدى ، فزال الضمان . وليس هذا إبراء مما لم يجب ، وإنما هو إسقاط التعدى برضائه به ، وهكذا ينبغى أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء ، ولكن منعه من طمها : لأنه يقتضئ رضاه بذلك .

(الفصل الثالث)

٣٨٨٣

أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها ، وهكذا كل ما له أجر ، فعلى الغاصب أجر مثله ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها حتى ذهبت . لأنها تلفت في يده العادىة ، فكان عليه عوضاها ، كالأعيان .

وإن غصب أرضاً ، فبناها داراً ، فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض ، دون بنائها ، لأنه إنما غصب الأرض ، والبناء له . فلم يلزمه أجر ما له .

وإن بناها بتراب منها ، وآلات المصوب منه ، فعليه أجرها مبنية ، لأن الدار كلها ملك للمصوب منه ، وإنما للغاصب فيها أثر الفعل ، فلا يكون في مقابلته أجر . لأنه وقع عدواناً .

وإن غصب داراً فنقضها ، ولم يبنها ، فعليه أجر دار إلى حين نقضها ، وأجرها مهدومة من حين ردّها لأن البناء انهدم ، وتلف ، فلم يجب أجره مع تلفها .

وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده ، فالحكم فيها كذلك .

وإن بناها بآلتها أو آلة من ترابها ، أو ملك المصوب منه ، فعليه أجرها عرصة^(١) منذ نقضها إلى أن بناها ، وأجرها داراً فيما قبل ذلك ، وبعده ، لأن البناء للمالك ، وحكمها في نقض بنائها الذى بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها .

وإن كان الغاصب باعها ، فبناها المشتري ، أو نقضها ، ثم بناها ، فالحكم لا يختلف ، لكن للمالك مطالبة من شاء منهما ، والرجوع عليه ، فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الأعيان . لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض ، فاستقر ضمانه عليه .

وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص الثأف ، ولم يرجع بقيمة ما تلف . وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأجر ؟ على روايتين ، وليس له مطالبة المشتري بشئ من الأجر ، إلا بأجر مدة مقامه في يده ، لأن يده إنما ثبتت عليها حينئذ .

(١) عرصة : ساحة خالية من البناء .

٣٨٨٤

(الفصل الرابع)

أن على الغاصب ضمان نقص الأرض ، إن كان نقصاً الغرس ، أو نقصت بغيره ، وهكذا كل عين منصوبة ، على الغاصب ضمان نقصها ، إذا كان نقصاً مستقراً ، كثوب تخرق ، وإناء تكسّر ، وطعام سوس ، وبناء خرب ، ونحوه ، فإنه يردّها وأرش النقص ، لأنه نقص حصل في يد الغاصب ، فوجب ضمانه ، كالقفيز من الطعام ، والذراع من الثوب ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلاً ، أخذ أرشه ، وإن كان كثيراً ، فصاحبه بالخيار بين تسليمه ، وأخذ قيمته ، وبين إمساكه ، وأخذ أرشه .

وقد روى عن أحمد كلامٌ يحتمل هذا ، فإنه قال في رواية موسى بن سعيد ، في الثوب : إن شاء شق الثوب ، وإن شاء مثله ، يعني — والله أعلم — إن شاء أخذ أرش الشق ووجهه أن هذه جنابة أتلقت معظم منفعة ، فكانت له المطالبة بقيمته ، كما لو قتل شاة له .

وحكى أصحاب مالك عنه : أنه إذا جنى على عين فأنلف غرض صاحبها فيها ، كان المجنى عليه بالخيار : إن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها ، وأخذ قيمتها ، وأمل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضى يبنى على ذلك ، لأنه أنلف غرضه به ، فإنه لا يركبه في العادة ، وحجتهم أنه أنلف المنفعة المقصودة من السلعة ، فلزمته قيمتها ، كما لو أنلف جميعها .

ولنا : أنها جنابة على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيراً ، ولأنها جنابة تنقص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفي الشاة تلف جميعها ، لأن الاعتبار في الإلتاف بالمجنى عليه ، لا بغرض صاحبه ، لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره .

٣٨٨٥

(فصل)

وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان ، وبهذا قال الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى : أن عين الدابة تُضمن ربع قيمتها ، فإنه قال في رواية أبي الحارث ، في رجل فقأ عين دابة لرجل : عليه ربع قيمتها ، قيل له فقأ العينين ؟ فقال : إذا كانت واحدة ، فقال عمر ربع القيمة ، وأما العينان : فما سمعتُ فيهما شيئاً ، قيل له : فإن كان بعيراً ، أو بقرة ، أو شاة ؟ فقال : هذا غير الدابة ، هذا يُنتفع بلحمه ، يُنظر ما نقصها ، وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدراً في العين الواحدة . من الدابة ، وهي الفرس . والبَدَلُ . والحارُ خاصة للأثر الوارد فيه . وما عدا هذا يرجع إلى القياس . .

واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة ربع قيمتها ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى شريح لساكتب إليه يسأله عن عين الدابة :

إِنَّا كُنَّا نَنْزِلُهَا مَنْزِلَةَ الْآدَمِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ أَجْمَعَ رَأْيُنَا أَنَّ قِيمَتَهَا رُبْعُ الثَّمَنِ ، وَهَذَا إِجْمَاعٌ يَقْدَمُ عَلَى الْقِيَاسِ ، ذَكَرَ هَذَيْنِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي رِءُوسِ الْمَسَائِلِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَلَعَ عَيْنَ بَهِيمَةٍ تَمْتَنِعُ بِهَا مِنْ وَجْهَتَيْنِ ، كَالدَّابَّةِ ، وَالْبَعِيرِ ، وَالْبَقَرَةِ ، وَجِبَ نَصْفُ قِيمَتِهَا ، وَفِي إِحْدَاهُمَا رُبْعُ قِيمَتِهَا . لَقَوْلِ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَجْمَعَ رَأْيُنَا عَلَى أَنَّ قِيمَتَهَا رُبْعُ الثَّمَنِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ فِي الْعَبْدِ : أَنَّهُ يُضْمَنُ فِي الْغَصْبِ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي الْجُنَايَةِ ، فَنَفِي يَدِهِ نَصْفُ قِيمَتِهِ ، وَفِي مُوضِحَتِهِ نَصْفُ عَشْرِ قِيمَتِهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّهُ ضَمَانٌ لِأَبْعَاضِ الْعَبْدِ ، فَسَكَانٌ مُقَدَّرًا مِنْ قِيمَتِهِ ، كَأَرَشِ الْجُنَايَةِ .

وَلَيْسَ : أَنَّهُ ضَمَانٌ مَالٍ مِنْ غَيْرِ جُنَايَةٍ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ ، كَالثَوْبِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ الْقَصْدُ بِالضَّمَانِ جَبْرٌ حَقٌّ لِلْمَالِكِ ، بِإِجَابِ قَدْرِ الْفَوْتِ عَلَيْهِ ، وَقَدَرُ النِّقْصِ هُوَ الْجَابِرُ . وَلِأَنَّهُ لَوْ فَاتَ الْجَمِيعُ لَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ ، فَإِذَا فَاتَ مِنْهُ شَيْءٌ وَجِبَ قَدْرُهُ مِنَ الْقِيَمَةِ ، كَغَيْرِ الْخِيَوَانِ ، وَأَمَّا حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ فَلَا أَصْلَ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ صَحِيحًا لَمَا احتِجَّ أَحَدُهُمْ بِغَيْرِهِ بِحَدِيثِ عُمَرَ ، وَتَرْكُوهُ ، فَإِنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَحَقُّ أَنْ يُحْتَجَّ بِهِ وَأَمَّا قَوْلُ عَمْرِو فَحَمُولٌ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ كَانَ قَدْرَ نَقْصِهَا ، كَمَا رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ بِخَمْسِينَ دِينَارًا وَلَوْ كَانَ تَقْدِيرًا لَوَجِبَ فِي الْعَيْنِ نَصْفُ الْقِيَمَةِ ، كَعَيْنِ الْآدَمِيِّ .

وَأَمَّا ضَمَانُ الْجُنَايَةِ عَلَى أَطْرَافِ الْعَبْدِ فَمَعْدُولٌ بِهِ عَنِ الْقِيَاسِ ، لِلْإِلْحَاقِ بِالْجُنَايَةِ عَلَى الْحَرِّ ، وَالْوَاجِبُ هَهُنَا ضَمَانُ الْيَدِ ، وَلَا تَثْبُتُ الْيَدُ عَلَى الْحَرِّ ، فَوَجِبَ الْبَقَاءُ فِيهِ عَلَى مُوجِبِ الْأَصْلِ وَإِلْحَاقُهُ بِسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَغْصُوبَةِ ، وَقَوْلُ أَنِي حَنِيفَةٌ : إِنَّ هَذَا فِي بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَالِدَّابَّةُ لَا يَصِحُّ . لِأَنَّ هَذَا الْقَوْلَ مَبْنًى عَلَى قَوْلِ عَمْرِو ، وَقَوْلُ عَمْرِو إِنَّمَا هُوَ فِي الدَّابَّةِ ، وَالِدَّابَّةُ فِي الْعُرْفِ ، مَا يُعَدُّ لِلرَّكُوبِ ، دُونَ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ .

(فصل — ل)

٣٨٨٦

وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا ، فَجَنَى عَلَيْهِ جُنَايَةً مُقَدَّرَةً الدَّيَّةَ ، فَعَلَى قَوْلِنَا : ضَمَانُ الْغَصْبِ ضَمَانُ الْجُنَايَةِ ، الْوَاجِبُ أَرَشُ الْجُنَايَةِ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ غَصْبٍ ، فَتَقْصُصَتِ الْجُنَايَةُ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ أَكْثَرُ ، وَإِنْ قَلْنَا : ضَمَانُ الْغَصْبِ غَيْرُ ضَمَانِ الْجُنَايَةِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، فَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ : مِنْ أَرَشِ النِّقْصِ ، أَوْ دِيَةِ ذَلِكَ الْعَضْوِ ، لِأَنَّ ضَمَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجَدَ ، فَوَجِبَ أَكْثَرُهُمَا ، وَدَخَلَ الْآخَرُ فِيهِ . فَإِنَّ الْجُنَايَةَ وَالْيَدَ وَجَدَا جَمِيعًا ، فَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا ، فَزَادَتْ قِيمَتُهُ ، فَصَارَ يُسَاوِي أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ قَطَعَ يَدَهُ ، فَتَقْصُ أَلْفًا لَزِمَهُ أَلْفٌ ، وَرَدَّ الْعَبْدَ . لِأَنَّ سَبَبَ زِيَادَةِ السُّوقِ مَعَ تَلَفِ الْعَيْنِ مَضْمُونَةٌ ، وَيَدُ الْعَبْدِ كَنَصْفِهِ ، فَسَكَانَتُهُ بِقَطْعِ يَدِهِ فَوَّتَ نَصْفَهُ ، وَإِنْ نَقَصَ أَلْفًا ، وَخَمْسَمِائَةً ، وَقَلْنَا : الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ ، فَعَلَيْهِ أَلْفٌ وَخَمْسَمِائَةٌ ، وَيُرَدُّ

العبد وإن قلنا : ضمان الجناية . فعليه ألف ، وردّ العبد فحسب ، وإن نقص خمسمائة فعليه ردّ العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة ؟ على وجهين .

(فصل)

٣٨٨٧

وإن غصب عبداً ، فقطع آخرُ يده ، فللمالك تضمينُ أيّما شاء . لأن الجاني قطع يده ، والغاصبُ حصل النقصُ في يده ، إن ضمنَ الجاني ، فله تضمينه نصفَ قيمته . لا غيرُ . ولا يرجع على أحد ، لأنه لم يضمنه أكثر مما وجبَ عليه . ويضمنُ الغاصبُ ما زاد على نصف القيمة ، إن نقص أكثر من النصف ، ولا يرجع على أحد ، وإن قلنا : ضمان الغصب ضامن الجناية ، أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته ، لم يضمن الغاصبُ همناً شيئاً ، وإن اختار تضمينَ الغاصب ، وقلنا : إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ، ورجع بها الغاصبُ على الجاني . لأن التلف حصل بفعله . فاستقرّ الضمان عليه ، وإن قلنا : إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمور . لأن ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ، ثم يرجع الغاصبُ على الجاني بنصف القيمة ، لأنها أرشُ جناية ، فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل)

٣٨٨٨

وإن غصب عبداً ، فقطع أذنيه ، أو ذكره ، أو أنفه ، أو لسانه ، أو خصيه ، لزمته قيمته كلها ، وردّ العبد ، نصّ عليه أحمد ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة ، والثوري : يُختار المالك بين أن يصبر ، ولا شيء له ، وبين أخذ قيمته ، ويملكه الجاني . لأنه ضمان مالٍ ، فلا يبقى ملكٌ صاحبه عليه مع ضمانه له ، كسائر الأموال .

ولنا : أن التلفَ البعضُ ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته ، كقطع ذكر المدبر ، وكقطع إحدى يديه ، أو أذنيه ، ولأن المضمون هو المفقوت ، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه ، كما لو قطع تسع أصابع . وبهذا ينفصل عما ذكره ، فإنّ الضمان في مقابلة التلف ، لا في مقابلة الجلّة ، فأما إن ذهب هذه الأعضاء بغير جنابة ، فهل يضمنها ضمان الإتلاف ، أو بما نقص ؟ على روايتين ، سبق ذكرهما .

(فصل)

٣٨٨٩

وإن جنى العبد المذبوب ، فجنايته مضمونة على الغاصب ، لأنه نقص في العبد الجاني ليكون أرش الجنابة يتعلّق برقبته ، فكان مضموناً على الغاصب ، كسائر نقصه ، وسواء في ذلك ما يوجب القصاص ، أو المال ، ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيّده ، فجنايته مضمونة على الغاصب أيضاً . لأنها من مجلّة جناباته ، فكان مضموناً على الغاصب ، كالجنابة على الأجنبي .

٣٨٩٠

(فصل)

إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون الذاهبُ جزءاً مقدّر البذل ، كعبد خصاه ، وزيت أغلاه ، ^(١) ونقرة ضربها دراهم ، فنقصت عينها ، دون قيمتها ، فإنه يجب ضمان النقص ، فيضمن العبد بقيمته ، ونقص الزيت ، والقرة بمثلها ، مع ردّ الباقي منها ، لأنّ الناقص من العين له بدلٌ مقدّر ، فلزمه ما تقدّر به ، كما لو أذهب الجميع .

الثاني : أن لا يكون مُقدّراً مثل أن غصب عبداً ذا سِنين مُعترط ، نفث جسمه ، ولم تنقص قيمته ، فلا شيء فيه ، سوى ردّه . لأنّ الشرع إنّما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ، ولم يقدر بدله ، ولم تنقص القيمة ، فلم يجب شيء ، بخلاف الصورة الأولى ، فإنّ الذاهب مقدّر البذل ، فلم يسقط بدله .

الثالث : أن يكون النقص في مُقدّر البذل ، لكن الذاهبُ منه أجزاء ، غير مقصودة ، كعصير أغلاه ، فذهبت مائتيه ، وانعقدت أجزاءه ، فنقصت عينه ، دون قيمته ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا شيء عليه سوى ردّه . لأنّ النار إنّما أذهبت مائتيه التي يُتصّد ذهابها ، ولهذا تزداد حلاوته ، وتكثر قيمته ، فلم يجب ضمها ، كسمن العبد الذي ينقص قيمته .

والثاني : يجب ضمانه . لأنه مقدّر البذل ، فأشبه الزيت إذا أغلاه ، وإن نقصت العين ، والقيمة جميعاً ، وجب في الزيت : وشبهه ضمانُ النقصين جميعاً . لأنّ كلّ واحد منهما مضمون منفرداً ، فكذلك إذا اجتمعا . وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم ، فأغلاه فنقص ثلثه ، فصار قيمة الباقي نصف درهم ، فعليه ثلث رطل ، وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم ، فليس عليه أكثر من ثلث رطل ، لأنّ قيمة الباقي لم تنقص ، وإن خصى العبد ، فنقصت قيمته ، فليس عليه أكثر من ضمان خصيه ^(٢) ، لأنّ ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه ، وهل يجب في العضير ما نقص من القيمة ، أو يكون كالزيت ؟ على وجهين .

٣٨٩١

(فصل)

وإن غصب عبداً فسمّن سمناً نقصت به قيمته ، أو كان شاباً فصار شيخاً ، أو كانت الجارية ناهداً ^(٣) فسقط ثدياها ، وجب أرشُ النقص . لا نعلم فيه خلافاً ، فإن كان العبد أمرد ، فنبتت لحيتُه ،

(١) يقال أغلاها وغلاها .

(٢) خصيه : ثنية خصى بضم الحاء وكسر ها ، ويقال فيها خصية بضم الحاء وكسر ها أيضاً :

(٣) ناهداً : مرتفعاً ثدياها واقفان .

فَنَقَصْتُ قِيَمَتَهُ ، وَجِبْ ضِمَانُ نَقْصِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ ضِمَانُهُ ، لِأَنَّ الْفَائِتَ لَا يَقْصِدُ قَصْدًا صَحِيحًا فَأَشْبَهَ الصَّنَاعَةَ الْحَرَمَةَ .

وَلَنَا : أَنَّهُ نَقَصَ فِي الْقِيَمَةِ بِتَغْيِيرِ صِفَتِهِ ، فَيَضُمُّهُ ، كِبَقِيَّةِ الصُّورِ .

(فصل)

٣٨٩٢

وَإِنْ نَقَصَ الْمَغْضُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، كَطَعَامٍ ابْتَلَّ ، وَخَيْفٍ فَسَادُهُ ، أَوْ عَفْنٍ ، وَخَشْيَ تَلَفِهِ ، فَعَلِيهِ ضِمَانُ نَقْصِهِ ، وَهَذَا مِنْ صَوُصِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ نَقْصَهُ ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَلْزَمُهُ بَدَلُهُ ، لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ قَدْرَ نَقْصِهِ ، وَكَلَّمَا نَقَصَ شَيْئًا ضَمَنَهُ ، لِأَنَّهُ يَسْتَقْدِرُ إِلَى السَّبَبِ الْمَوْجُودِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَكَانَ كَالْمَوْجُودِ فِي يَدِهِ .

وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَتَخَيَّرُ صَاحِبُهُ بَيْنَ اخْتِذِ بَدَلِهِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ ، حَتَّى يَسْتَقَرَّ فَسَادُهُ ، وَيَأْخُذُ أَرَشَ نَقْصِهِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَتَخَيَّرُ بَيْنَ إِمْسَاكِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ تَسْلِيمِهِ إِلَى الْغَاصِبِ . وَيَأْخُذُ مِنْهُ قِيَمَتَهُ ، لِأَنَّهُ لَوْ ضَمِنَ النِّقْصَ لَحَصَلَ لَهُ مِثْلُ كَثِيرِهِ وَزِيَادَةُ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ قَفِيرًا جَيِّدًا بِقَفِيرٍ رَدِيءٍ ، وَدَرَاهِمٍ .

وَلَنَا : أَنَّ عَيْنَ مَالِهِ بَاقِيَةٌ ، وَإِنَّمَا حَدَثَ فِيهِ نَقْصٌ ، فَوَجِبَ فِيهِ مَا نَقَصَ ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا ففَرَضَ ، وَقَدْ وَافَقَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ عَلَى هَذَا فِي الْعَفْنِ . وَقَالَ : لَا يَضْمَنُ مَا نَقَصَ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ فَعْلِهِ ، وَهَذَا الْفَرْقُ لَا يَصِحُّ . لِأَنَّ الْبَلَالَ قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ فَعْلِهِ أَيْضًا ، وَقَدْ يَكُونُ الْعَفْنُ بِسَبَبٍ مِنْهُ ثُمَّ إِنْ مَا وَجَدَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، لَوْجُودِهِ فِي يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ . لِأَنَّ هَذَا الطَّعَامُ عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ لَا بَأْسَ بِهِ .

﴿مَسْأَلَةٌ﴾

٣٨٩٣

قَالَ ﴿وَلَوْ كَانَ زَرْعًا ، فَأَدْرَكَهَا رَبُّهَا ؛ وَالزَّرْعُ قَائِمٌ . كَانَ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ؛ وَعَلَيْهِ النِّفْقَةُ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ بَعْدَ اخْتِذِ الْغَاصِبِ الزَّرْعَ فَعَلِيهِ أَجْرَةُ الْأَرْضِ﴾ .

قَوْلُهُ : فَأَدْرَكَهَا رَبُّهَا يَعْنِي اسْتَرْجَمَهَا مِنَ الْغَاصِبِ ؛ أَوْ قَدَّرَ عَلَى اخْتِذِهَا مِنْهُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ اسْتَحَقَّتْ ، يَعْنِي اخْتِذَهَا مُسْتَحَقَّتْ ؛ فَتَى كَانَ هَذَا بَعْدَ حَصَادِ الْغَاصِبِ الزَّرْعَ فَإِنَّهُ لِلْغَاصِبِ ؛ لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ؛ وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ إِلَى وَقْتِ النَّسْلِيمِ ؛ وَضِمَانُ النِّقْصِ ، وَلَوْ لَمْ يَزْرَعْهَا ؛ فَنَقَصَتْ لَتَرْكِ الزَّرْعَةِ ، كَأَرْضِي الْبَصْرَةِ ، أَوْ نَقَصَتْ لِغَيْرِ ذَلِكَ ضَمِنَ نَقْصَهَا أَيْضًا ، لِمَا قَدَّمَ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ .

فَأَمَّا إِنْ اخْتَذَهَا صَاحِبُهَا ، وَالزَّرْعُ قَائِمٌ فِيهَا لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَ الْغَاصِبِ عَلَى قُلْعِهِ ، وَخَيْرُ الْمَالِكِ بَيْنَ أَنْ يَقَرَّ

الزراع في الأرض إلى الحصاد ، وبأخذ من الغاصب أجر الأرض ، وأرش نقصها ، وبين أن يدفع إليه نفقته ، ويكون الزرع له ، وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أكثر الفقهاء : يملك إجبار الغاصب على قلعه ، والحكم فيه كالفرس سواء ، لقوله عليه السلام « لَيْسَ لِعِزْقِي ظَالِمٌ حَقٌّ » ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً ، أشبه الفرس .

ولنا : ما روى رافع بن خديج ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ » ، وعليه نفقته ، رواه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن ، فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه . لأنه ملك للمفصوب منه ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً في أرض طهير ، فأعجبه ، فقال « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ طَهِيرٍ » فقال : إنه ليس أطهير واسكنه لفلان ، قال « تَخْذُوا زَرْعَكُمْ وَرُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » قال رافع : فأخذنا زرعنا ، ورددنا عليه نفقته ، ولأنه أمكن رد المفصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب ، على قرب من الزمان ، فلم يحز إتلافه ، كما لو غصب سفينة ، لحمل فيها ماله ، وأدخلها البحر ، أو غصب لوحاً فرقع به سفينة ، فإنه لا يجبر على رد المفصوب في اللجّة ، ويُتَظَرُّ حَتَّى تُرْسَى ^(١) صيانة للمال عن التلف ، كذا همنا ، ولأنه زرع حصل في ملك غيره ، فلم يجبر على قلعه ، على وجه يضر به ، كما لو كانت الأرض مستعمارة ، أو مشفوعة ، وفارق الشجر ، والنخل ، لأن مدته تطاول ، ولا يعلم متى يقطع من الأرض ، فانتظاره يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكلفة ، وحديثهم ورد في النرس ، وحديثنا في الزرع ، فيُجمع بين الحديثين ، ويُعمل بكل واحد منهما في موضعه ، وذلك أولى من إبطال أحدهما .

إذا ثبت هذا : فتنى المالك بترك الزرع للغاصب ، وبأخذ منه أجر الأرض ، فله ذلك لأنه شغل المفصوب بماله ، فملك صاحبه أخذ أجره ، كما لو ترك في الدار طعاماً ، أو أحجاراً . يحتاج في نقله إلى مدة ، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك ، كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته ، وفيما رُدَّ على الغاصب روايتان :

إحداها : قيمة الزرع ، لأنه بدل عن الزرع ، فيقدر بقيمته ، كما لو أتلفه ، ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه ، بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً له ، ولو لم يكن ملكاً له لما ملكه بأخذه ، فيكون أخذ المالك له تملكاً له إلا أن يموضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع ، ويجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع ، لأن الزرع كان محكوماً له به ، وقد شغل به أرض غيره .

(١) يقال رست السفينة وأرست إذا وقفت على مرساها .

(والرواية الثانية) أنه يردّ على الغاصب ما أنفق من البذرة ، ومؤنة الزرع في الحرث ، والسقي ، وغيره ، وهذا الذى ذكره القاضى ، وهذا ظاهر كلام الخرقى ، وظاهر الحديث ، لقوله عليه السلام « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له ، والحديث مبنى على هذه المسألة ، فإن أحد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحصانا ، على خلاف القياس ، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر ، لأنه نماء عين ماله ، فأشبهه مالو غصب دجاجة ، فخصنت بيضا له ، أو طعاما فعلقه دواب له ، كان النماء له ، وقد صرح به أحمد ، فقال : هذا شيء لا يوافق القياس ، أستحسن أن يدفع إليه نفقته ، للأثر ، ولذلك جعلناه للغاصب ، إذا استحققت الأرض بعد أخذ الغاصب له ، وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يُقْبَع مدلوله .

(فصل)

٣٨٩٤

فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض ، ويُجَزَّ مرة بعد أخرى كالرطبة ، والنمناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا ، لدخوله في عموم الزرع ، لأنه ليس له فرع قوى ، فأشبهه الحنطة ، والشمير ، واحتمل أن يكون حكمه حكم الفرس ، لبقاء أصوله ، وتكرّر أخذه ، ولأن القياس يقتضى أن يثبت لكل زرع مثل حكم الفرس ، وإنما ترك فيما نقل مدته للأثر ، ففيا عده يبقى على قضية القياس .

(فصل)

٣٨٩٥

وإن غصب أرضا ، ففرسها ، فأثمرت ، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها ، فهي له ، وإن أدركها والثمره فيها فكذلك ، لأنها ثمرة شجره ، فكانت له ، كما لو كانت في أرضه ، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب ، فكان له ، كأغصانها ، وورقها ، ولبن الشاة ، وولدها ، وقال القاضى : هي لمالك الأرض ، إن أدركها في الفرس ، لأن أحمد قال في رواية على بن سعيد : إذا غصب أرضا ، ففرسها ، فالنماء لمالك الأرض .

قال القاضى : وعليه من النفقة ما أنفقه الفارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة في معنى الزرع ، فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائما فيها ، كالزرع ، والأول أصح لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس ، وإنما صار إليه للأثر ، فيختص الحكم به ، ولا يعدى إلى غيره ، ولأن الثمرة تُفارق الزرع من وجهين :

أحدهما : أن الزرع نماء الأرض ، فكان لصاحبها ، والثمره نماء الشجر فكان لصاحبه .

الثانى : أنه يردّ عوض الزرع الذى أخذه ، مثل البذر الذى نبت منه الزرع ، مع ما أنفق عليه ، ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر .

٣٨٩٦

(فصل)

وإن غصب شجراً ، فأثمر ، فالثمر لصاحب الشجر ، بغير خلاف نعلمه ، لأنه نماء مملوكه ، ولأن الشجر عين مملوكه ، نَمَى^(١) وزاد ، فأشبه ما لو طالت أغصانه ، وعليه رد الثمر إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً فعليه بدله ، وإن كان رطباً ، فصار تمرأ ، أو عنباً ، فصار زبيباً ، فعليه رده ، وأرض نقصه ، إن نقص ، وليس له شيء بعمله فيه ، وليس للشجر أجرة ، لأن أجرتها لا تجوز في العقود ، فكذلك في الغصب ، ولأن نفع الشجر تربية الثمر ، وإخراجه ، وقد عادت هذه المنافع إلى المالك ، ولو كانت ماشيةً فعليه ضمان ولدها ، إن ولدت عنده ، ويضمن لبنها بمثله ، لأنه من ذوات الأمثال ، ويضمن أوبارها ، وأشعارها بمثله ، كالقطن .

٣٨٩٧

(فصل)

وإذا غصب أرضاً ، فحسبها في جواز دخول غيره إليها حسبها قبل الغصب ، فإن كانت محوطة ، كالدار ، والبستان الحوط ، لم يحز لغير مالِكها دخولها ، لأن ملك مالِكها لم يزل عنها ، فلم يحز دخولها بغير إذنه ، كما لو كانت في يده ، قال أحمد في الضيعة نصير غَيَصَةً فيها سمك ، لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم ، وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ، ورعى حشيشها . قال أحمد : لا بأس برعى الكلأ في الأرض المغصوبة ، وذلك لأن الكلأ لا يملك بملك الأرض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى ، قياساً لها عليها .

ونقل عنه المروزي في رجل والداه في دار طوايبها غصب : لا يدخل على والديه ، وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوايب المغصوبة ، ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد ، في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ، ويرادهم على الخروج ، فإن أجابوه وإلا لم يقيم معهم ، ولا يدع زيارتهم ، يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ، ويتصرف أخبارهم ، ويسلم عليهم ويكلمهم ، ولا يدخل إليهم ، ونقل المروزي عنه : أكره المشي على العبارة^(٢) التي يجري فيها الماء ، وذلك لأن العبارة وضعت لعبور الماء ، لا للمشي عليها ، وربما كان المشي عليها يضر بها ، وقال أحمد : لا يذفن في الأرض المغصوبة ، لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنه ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ، ثم علم : رجع إلى الموضع الذي أخذه منه ، فردّه ، وروى عنه أنه قال : يطرحه ، يعني على من ابتاعه منه ، وذلك لأن قعوده فيه حرام ،

(١) نَمَى : زاد ، يقال نَمَى بفتح النون والميم يَأْتِي الآخر كما يقال نما ينمو واوى الآخر .

(٢) العبارة : القطرة على الماء ، وهي بفتح العين وتشديد الباء ، وقد وصفت بوصف المبالغة لكثرة عبور

الماء فيها .

منهى عنه ، فكان البيع فيه محرماً ، ولأن الشراء ممن يعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود ، والبيع فيه ، وترك الشراء منهم يمنع القعود ، وقال : لا يبتاع من الخانات التي في الطرق ، إلا أن لا يجد غيره ، كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان إذا بنى داراً ، وجمع الناس إليها : أكره الشراء منها ، وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع ، لما فيه من الإعانة على الفعل المحرم ، والظاهر صحة البيع ، لأنه إذا صحت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية ، وهي عبادة ، فما ليس بعبادة أولى .

وقال فيمن غصب ضيعة ، وغصبت من الغاصب ، فأراد الثاني ردّها : جمع بينهما ، يعني بين مالكما ، والغاصب الأول ، وإن مات بعضهم جمع ورثته ، إنما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب الأول ، لأنه ربما طالب بها ، وأدعاها ملكاً باليد ، وإلا فالواجب ردّها على مالكما ، وقد صرح بهذا في رواية عبد الله ، في رجل استودع رجلاً ألفاً ، فجاء رجل إلى المستودع ، فقال : إن فلاناً غصبني ألفاً الذي استودعك ، وصح ذلك عند المستودع ، فإن لم يخف التبعة ، وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه .

﴿ مسألة ﴾

٣٨٩٨

قال ﴿ ومن غصب عبداً ، أو أمة ، وقيمه مائة ، فزاد في بدنه ، أو بتعلم ، حتى صارت قيمته مائتين ، ثم نقص بنقصان بدنه ، أو رسيان ما علم ، حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد . وأخذ من الغاصب مائة ﴾ .

وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب عليه عوض الزيادة ، إلا أن يطالب بردّها زائدة ، فلا يردّها ، لأنه ردّ العين ، كما أخذها ، فلم يضمن نقص قيمتها ، كنقص سعرها .

ولنا : أنها زيادة في نفس المنصوب ، فلزم الغاصب ضمانها ، كما لو طالبه بردّها ، فلم يفعل ، وفارق زيادة السعر ، فإنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها ، والصناعة إن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ، ولذلك يضمنها إذا طوب برّد العين ، وهي موجودة ، فلم يردّها ، وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع العين ، وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب ، لأنها زيادة في العين المملوكة للمنصوب منه ، فتكون مملوكة له أيضاً ، لأنها تابعة للعين .

فأما إن غصب العين سميّة ، أو ذات صناعة ، أو تعلم القرآن ، ونحوه ، فهزات ، ونسيت ، فنقصت قيمتها ، فعليه ضمان نفعها ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها ، فوجب ضمانها ، كما لو أذهب عضواً من أعضائها .

٣٨٩٩

(فصل)

إذا غصبها وقيمتها مائة ، فسَمِيت ، فبلغت قيمتها ألفاً ، ثم تعلّمت صناعة ، فبلغت ألفين ، ثم هُزِلَتْ ، ونَسِيت ، فعادت قيمتها إلى مائة ردّها وردّ ألفاً ، وتسعمائة .

وإن بلغت بالسّمْن ألفاً ، ثم هُزِلَتْ ، فبلغت مائة ، ثم تعلّمت ، فبلغت ألفاً ، ثم نَسِيت فعادت إلى مائة ، ردّها وردّ ألفاً ، وثمنامائة ، لأنّها نقصت بالهـزال تسعمائة ، وبالنسيان تسعمائة .

وإن سميت ، فبلغت ألفاً ، ثم هُزِلَتْ ، فعادت إلى مائة ، ثم تعلّمت ، فعادت إلى ألف ، ردّها وتسعمائة ، لأنّ زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ، ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المصوب منه ، فلا يَنْجَبِرُ ملك الإنسان بملكه .

وأما إذا بلغت بالسّمْن ألفاً ، ثم هُزِلَتْ ، فعادت إلى مائة ، ثم سَمِيت ، فعادت إلى ألف ، ففيه وجهان :

أحدهما : ردّها زائدةً وبضمن نقص الزيادة الأولى ، كما لو كانا من جنسين ، فإن ملك الإنسان لا يَنْجَبِرُ بملكه ، لأن الزيادة الثانية غير الأولى ، فعلى هذا إن هُزِلَتْ مرةً ثانية ، فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف ، وثمانمائة .

والوجه الثاني : أنه إذا ردّها سميّةً ، فلا شيء عليه ، لأنّه عاد ما ذهب ، فأشبهه ما لو مرضت ، فنقصت ، ثم عُوِفِيَتْ ، أو نَسِيتُ صناعةً ، ثم تعلّمتها ، أو أبقى العبد ، ثم عاد . وفارق إذا زادت من جهة أخرى ، فإنه لم يعد ما ذهب ، وهذا الوجه أقيسُ ، لما ذكرنا من شواهد ، فعلى هذا : لو سميت بعد الهـزال ، ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت في السّمْن الأول ، أو زادت عليه ، ضمن أكثر الزادتين ، وتدخل الأخرى فيها ، وعلى الوجه الأول بضمّهما جميعاً ، فأما إن زادت بالتعليم ، أو الصناعة ، ثم نَسِيت ، ثم تعلّمت ما نسيته ، فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول ، لأن العلم الثاني هو الأول ، فقد عاد ما ذهب ، وإن تعلّمت علماً آخر ، أو صناعةً أخرى ، فهو كعمود السّمْن ، فيه وجهان ، ذكر هذا القاضي ، وهو مذهب الشافعي .

وقال أبو الخطاب : متى زادت ، ثم نقصت ، ثم زادت مثل الزيادة الأولى ، ففي ذلك وجهان ، سواء كانا من جنس ، كالسّمْن مرّتين ، أو من جنسين ، كالسّمْن والتعليم ، والأول أولى .

(فصل)

٣٩٠٠

وإن مرض المصوب ، ثم برأ ، أو ابيضّت عينه ، ثم ذهب بياضها ، أو غصب جاريةً حسناء ، فسَمِيت

(م ٢٥ - المفى - خامس)

سَمَنًا نَفَصَهَا ، ثُمَّ خَفَّ سَمَنُهَا ، فَعَادَ حُسْنُهَا ، وَقِيَمْتُهَا ، رَدَّهَا ، وَلَا ضِمَانُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ مَالُهُ قِيَمَةً ، وَالْعَيْبُ الَّذِي أَوْجَبَ الضَّمَانَ زَالَ فِي يَدَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَمَلَتْ ، فَانْقَصَتْ ثُمَّ وَضَعَتْ ، فَزَالَ نَقْصُهَا لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا ، فَإِنْ رَدَّ الْمَغْصُوبُ نَاقِصًا بِمَرَضٍ ، أَوْ عَيْبٍ ، أَوْ سَمَنِ مُفْرَطٍ ، أَوْ خَلٍّ فَعَالِيهِ أَرْتُسُ نَقْصِهِ ، فَإِنْ زَالَ عَيْبُهُ فِي يَدِي مَالِكِهِ لَمْ يَلْزِمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ مِنْ أَرْشِهِ ، لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ بِرَدِّ الْمَغْصُوبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَخَذَ الْمَغْصُوبُ دُونَ أَرْشِهِ ، ثُمَّ زَالَ الْعَيْبُ قَبْلَ أَخْذِ أَرْشِهِ ، لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهُ لِذَلِكَ .

(فصل)

٣٦٠١

زَوَائِدُ الْغَصَبِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مَضْمُونَةٌ ضِمَانُ الْغَصَبِ ، مِثْلُ السَّمَنِ ، وَتَعَلَّمَ الصَّنَاعَةَ ، وَغَيْرَهَا ، وَثَمَرَةُ الشَّجَرَةِ ، وَوَلَدُ الْحَيَوَانِ مَتَى تَلَفَ شَيْءٌ مِنْهُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ . ضَمِنَهُ ، سِوَاءَ تَلَفٍ مُنْفَرَدٍ ، أَوْ تَلَفٍ مَعَ أَصْلِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَجِبُ ضِمَانُ زَوَائِدِ الْغَصَبِ ، إِلَّا أَنْ يُطَالَ بِهَا ، فَيَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهَا ، لِأَنَّهَا غَيْرُ مَغْصُوبَةٍ ، فَلَا يَجِبُ ضِمَانُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وَدَلِيلُ عَدَمِ الْغَصَبِ أَنَّهُ فَعْلٌ مُحَرَّمٌ ، وَثَبُوتُ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَوَائِدِ لَيْسَ مِنْ فَعْلِهِ ، لِأَنَّهُ انْتَبَى عَلَى وَجُودِ الزَوَائِدِ فِي يَدِهِ ، وَوُجُودِهَا لَيْسَ بِفَعْلٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ .

وَلَيْسَ : أَنَّهُ مَالُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، حَصَلَ فِي يَدِهِ بِالْغَصَبِ ، فَيَضْمَنُهُ بِالتَّلَفِ كَالْأَصْلِ ، وَقَوْلُهُمْ : إِنْ إِبْثَابَاتُ يَدِهِ لَيْسَ مِنْ فَعْلِهِ لَا يَصَحُّ ، لِأَنَّهُ بِإِمْسَاكِ الْأُمِّ تَسَبَّبَ إِلَى إِبْثَابَاتِ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَوَائِدِ ، وَإِبْثَابَاتُ يَدِهِ عَلَى الْأُمِّ مُحْظُورٌ .

(فصل)

٣٩٠٢

وَلَيْسَ عَلَى الْغَاصِبِ ضِمَانُ نَقْصِ الْقِيَمَةِ الْحَاصِلِ بِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ ، وَحُكِيَ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، فَيَلْزِمُهُ إِذَا رَدَّهَا كَالسَّمَنِ .

وَلَيْسَ أَنَّهُ رَدَّ الْعَيْنِ بِحَالِهَا لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا عَيْنٌ ، وَلَا صِفَةٌ ، فَلَمْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَنْقُصْ ، وَلَا نَسَأَمَ أَنَّهُ يَضْمَنُهَا مَعَ تَلَفِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ سَلَمْنَا فَلَا تَهْ وَجِبَتْ قِيَمَةُ الْعَيْنِ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيَمَتُهَا ، فَدَخَلَتْ فِي التَّقْوِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهَا ، فَإِنَّ الْقِيَمَةَ لَا تَجِبُ ، وَيَخَالَفُ السَّمَنِ ، فَإِنَّهُ مِنْ عَيْنِ الْمَغْصُوبِ ، وَالْعِلْمُ بِالصَّنَاعَةِ صِفَةٌ فِيهَا ، وَهَهُنَا لَمْ تَذْهَبْ عَيْنٌ ، وَلِأَنَّهُ لَاحِقٌ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ فِي الْقِيَمَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الْعَيْنِ ، وَهِيَ بَاقِيَةٌ كُلُّهَا ، كَمَا كَانَتْ . وَلِأَنَّ الْغَاصِبَ يَضْمَنْ مَا غَصَبَ ، وَالْقِيَمَةُ لَا تَدْخُلُ فِي الْغَصَبِ ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ الْعَيْنِ ، فَإِنَّهَا مَغْصُوبَةٌ ، وَقَدْ ذَهَبَتْ .

٣٩٠٤

(فصل)

ولو غصب شيئاً فشقّه نصفين ، وكان ثوباً بنقصه القطع ردّه ، وأرشَ نقصه ، فإن تلف أحد النصفين ردّ الباقي ، وقيمة التالف ، وأرشَ النقص ، وإن لم ينقصه القطع ردّ الباقي ، وقيمة التالف لا غير . وإن كانا باقين ردّها ، ولا شيء عليه سوى ذلك ، وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجهي خُفّ ، ومصراعِي باب ، فتلّف أحدهما ردّ الباقي ، وقيمة التالف ، وأرشَ نقصهما . فإذا كانت قيمتها ستة دراهم ، فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين ردّ الباقي ، وأربعة دراهم ، وفيه وجه آخر : لا يلزمه القيمة التالف مع ردّ الباقي ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه لم يتلف غيره ، ولأن نقص الباقي نقص قيمة ، يضمنه ، كالنقص بتغيير الأسعار ، والصحيح الأول . لأنه نقص حصل بجنايته ، فلزمه ضمانه ، كشقّ الثوب الذي ينقصه الشقّ ، إذا تلف أحد شقيه ، بخلاف نقص السعر ، فإنه لم يذهب من المنصوب عين ، ولا معنى ، وهما فوت معنى ، وهو إمكان الانتفاع به ، وهذا هو الموجب لنقص قيمته ، وهو حاصل من جهة الغاصب ، فينبغي أن يضمنه ، كما لو فوت بصره ، أو سمعه ، أو عقله ، أو فكّ تركيب باب ، ونحوه .

٣٩٠٥

(فصل)

وإن غصب ثوباً فلبسه ، فأبلاه ، فنقص نصف قيمته ، ثم غلت الثياب ، فعادت لذلك قيمته . كانت لزمه ردّه وأرشَ نقصه ، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ، ثم زادت قيمته ، فصارت عشرة ردّه ، وردّ خمسة . لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الدمة خمسة ، فلا يُعتبر ذلك بغلاء الثوب ، ولا رخصه ، وكذلك لو رخصت الثياب ، فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع ردّ الثوب ، ولو تلف الثوب كله ، وقيمته عشرة ، ثم غلت الثياب ، فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرة . لأنها ثبتت في الدمة عشرة ، فلا تزاد بغلاء الثياب ، ولا تنقص برخصها .

٣٩٠٦

(فصل)

وإن غصب ثوباً أو زولياً ، فذهب بعض أجزائه ، كخمل المذشقة^(١) ، وزئيرة الثوب ، فعليه أرش نقصه ، وإن أقام عنده مدّة لمثلها أجره لزمه أجره ، سواء استعمله أو تركه ، وإن اجتمعا : مثل أن أقام عنده مدّة ، فذهب بعض أجزائه ، فعليه ضمّاُهما معاً : الأجر ، وأرشَ النقص ، سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال ، أو بغيره ، وقال بعض أصحاب الشافعي : إن نقص بغير الاستعمال ، كثوب ينقصه النسر ، فنقص بنشره ، وبقي عنده مدّة ضمن الأجر ، والنقص ، وإن كان النقص من جهة الاستعمال ، كثوب لبسه ،

(١) خمل المذشقة : وبرة (القوطة) وزئيرة الثوب وبرته الناعمة.

وأبلاه ، ففيه وجهان . أحدهما : يضمهما معاً . والثاني : يجب أكثر الأمرين من الأجر ، وأرش النقص ، لأنّ ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ، ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ، ويخرج لنا مثل ذلك .

ولنا : أن كلّ واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه ، فإذا اجتمعا وجباً ، كما لو أقام في يده مدّة ، ثمّ تلف ، والأجرة تجب في مقابلة ما يقوّت من المنافع ، لا في مقابلة الأجزاء ، ولذلك يجب الأجر . وإن لم تفت الأجزاء ، وإن لم يكن للمفصوب أجر كشوب غير مخيط ، فلا أجر على الغاصب ، وعليه ضمان نقصه ، لا غير .

(فصل)

٣٩٠٧

وإذا نقص المفصوب عند الغاصب ، ثمّ باعه ، فتلف عند المشتري ، فله أن يضمن من شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت ، من حين الغصب إلى حين التلف ، لأنه في ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلف ، وإن ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه ، لأنّ ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه ، وإن كان له أجرة ، فله الرجوع على الغاصب بجميعها ، وإن شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده ، وبالباقى على الغاصب ، والكلام في رجوع كلّ واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

(فصل)

٣٩٠٨

وإذا غصب حنطة فطحنها ، أو شاة فذبجها ، وشواها ، أو حديداً فعمله سكاكين ، وأوانى ، أو خشبة فنجّر ها باباً ، أو تابوتاً ، أو ثوباً فقطعه ، وخاطه ، لم يزل ملك صاحبه عنه ، وبأخذه ، وأرش نقصه ، إن نقص ، ولا شيء للغاصب في زيادته ، في الصحيح من المذهب ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة : في هذه المسائل كلّها يقطع حق صاحبها عنها ، إلّا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها ، إلّا بالصدقة ، إلّا أن يدفع قيمتها ، فيملكها ، ويتصرف فيها كيف شاء ، وروى محمد بن الحكم ، عن أحمد ما يدلّ على أن الغاصب يملكها بالقيمة ، إلّا أنه قول قديم رجع عنه ، فإنّ محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة ، واحتجّوا بما روى : أن النّبىّ صلى الله عليه وسلم « زار قوماً من الأنصار في دارهم ، فقدّموا إليه شاة مشوية ، فتناول منها لُقمة فجعل يلوكها ، ولا يسيعها ، فقال : إنّ هذه الشاة لتخبر نى أنها أخذت بغير حق . فقالوا : نعم ، يا رسول الله ، طلبنا في السوق فلم نجد ، فأخذنا شاة لبغض الأنصار جيراننا ، ونحن نرضيهم من ثمنها » ، فقال النّبىّ صلى الله عليه وسلم : أطعموها الأنصارى »

رواه أبو داود بنحوٍ من هذا ، وهذا يدلّ على أنّ حقّ أصحابها انقطع عنها ، ولولا ذلك لأمر بردها عليهم .

ولنا أن عين مال المصوب منه قائمة فلزم ردّها إليه ، كما لو ذبح الشاة ، ولم يشوها ، ولأنه لو فعله بماسكه لم يزُل عنه ، فإذا فعله بملك غيره لم يزُل عنه ، كما لو ذبح الشاة ، أو ضرب النُقْرةَ دراهم . ولأنه لا يُزِيلُ الملك إذا كان بغير فعل آدمي ، فلم يُزَلْه إذا فعله آدمي ، كالذي ذكرناه ، فأما الخبر ، فليس بمعروف ، كما رووه . وليس في رواية أبي داود « وَتَحْنُ نُرْضِيهِمْ عَنْهَا » .

فإذا ثبت هذا : فإنّه لا شيء للفاصل بعمله ، سواء زادت العين ، أو لم تزد . وهذا مذهب الشافعي ، وذكر أبو الخطاب : أن الفاصل يُشارك المالك بالزيادة ، لأنها حصلت بمنافعه ، ومنافعه أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْأَعْيَانِ ، فأشبهه ماله غصب ثوباً ، فصبغه ، والمذهب الأول ذكره أبو بكر ، والقاضي . لأن الفاصل عمل في ملك غيره بغير إذنه ، فلم يستحقّ لذلك عوضاً ، كما لو أغلَى زَيْتاً ، فزادت قيمته ، أو بنى حائطاً لغيره ، أو زرع حِنْطَةً لِنَاسٍ فِي أَرْضِهِ ، وسائر عمل الفاصل . فأما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال ، لا يزول ملك صاحبه عنه بعمله مع ملك غيره ، وهذا حُجَّةٌ عَلَيْهِ ، لأنّه إذا لم يزُل ملكه عن صَبْغِهِ بعمله في ملك غيره ، وجعله كالصفة ، فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى ، فإن احتجّ بأن من زرع في أرض غيره ردّ عليه نفقته . قلنا : الزرع ملك للفاصل ، لأنه عين ماله ، ونفقته عليه تزداد به قيمته ، فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه ، وفي مسألتنا عمله في ملك المصوب منه بغير إذنه ، فكان لاغياً ، على أننا نقول : إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين ، فأما إن نقصت العين دون القيمة ردّ الموجود ، وقيمة النقص ، وإن نقصت العين ، والقيمة ضمّنهما معاً كالزيت إذا غلاه . وهكذا القول في كلّ ما تصرف فيه ، مثل نُقْرةٍ ضربها دراهم ، أو حَلْيَاً ، أو طيناً جعله آبناً ، أو غَزْلاً نَسَجَهُ ، أو ثوباً قصّره ، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله ، مثل أن سمّر الرفوف بمسامير من عنده ، فله قلمها ، ويضمن ما نقصت الرفوف ، وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المصوب منه ، فلا شيء للفاصل ، وليس له قلمها ، إلا أن يأمره المالك بذلك ، فيلزمه ، وإن كانت المسامير للفاصل ، فوهبها للمالك ، فهل يُجَبَّرُ عَلَى قبول الهبة ؟ على وجهين ، وإن كان استأجر الفاصل على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه ، فالأجر عليه ، والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه ، إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما . فلو استأجر قصّاباً ، فذبح شاةً ، فللمالك أخذها ، وأرض نقصها ، ويُغَرَّمُ من شاء منهما . فإن غرّم الفاصل لم يرجع على أحد ، إذا لم يعلم القصاب الحال ، وإن ضمن القصاب رجوع على الفاصل ، لأنه غرّه : وإن علم القصاب أنها منصوبة ، فغرّمه لم يرجع على أحد ، لأنه أتلف مال

غيره بغير إذنه ، عالمًا بالحال ، وإن ضمن الفاضب رجوع على القصاب ، لأن التلف حصل منه ، فاستقرّ الضمان عليه ، وإن استعمار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل)

٣٩٠٩

وإن غصب حبًا ، فزرعه ، فصار زرعًا أو نوًى ، فصار شجرًا ، أو بيضًا ، فخصنه فصار فرخًا فهو المخصوص منه ، لأنه عين ماله ، نَمَى ، فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه الفاضب ، بناءً على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة : فباضت عنده ، ثم حَضَنَتْ بيضها ، فصار فراخًا ^(١) فَمُهمٌ لِمَالِكها ، ولا شيء للفاضب في علفها . قال أحد في طَيرَةٍ جاءت إلى دار قوم ، فأفرخت عندهم : يردُّ فروخها إلى أصحاب الطَيرة ، ولا شيء للفاضب فيما عمل .

وإن غصب شاةً فأنزى عليها خلًا ، فالولد لصاحب الشاة ، لأنه من نَمائها . وإن غصب خلًا فأنزاه على شاته ، فالولد لصاحب الشاة ، لأنه يتبع الأم ، ولا أجرة له ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ عَسَبِ الْفَخْلِ » وإن نقصه الضراب ضررًا نقصه .

(فصل)

٣٩١٠

وإن غصب دينار ، أو دراهم من رجل ، وخططها بمثلها لآخر ، فلم يمتزها صارًا شريكين ، وقال أبو حنيفة : يملكها الفاضب ، وعليه غرامة مثلها ، لها . وإن خططها بمثلها من ماله ، ملكها ، لأنه تعذر تسليمها بعينها ، فأشبه ماله تلفت .

وننا : أنه فَعَلَ في المخصوص على وجه التعدي لم يذهب بماليتها ، فلم يُزل ملك صاحبه عنه ، كذبح الشاة

(فصل)

٣٩١١

وإن غصب عبدًا ، فصاد صيدًا ، أو كسب شيئًا ، فهو سيده ، وإن غصب جارحًا ، كالنهد ، والبازي فصاد به ، فالصيد للمالك ، لأنه من كسب ماله ، فأشبه صيد العبد ، ويحتمل أنه للفاضب ، لأنه الصائد ، والجارحة آلة له ، ولهذا يُسَكَّنُ بتسميته عند إرساله الجارح ، وإن غصب قوسًا ، أو سهمًا ، أو شبكةً ، فصاد به ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لصاحب القوس ، والسهم ، والشبكة . لأنه حاصل به ، فأشبهه بماله ملكه ، وكسب عبده .

(١) هكذا : بالأصول ، والصحيح (فهى) لأن (هم) للماقل والفراخ لا تعقل ، وليس هنا داع لاستعمال ضمير العاقل فيما لا يعقل .

والثاني : للغاصب . لأن الصّيد حصل بفعله ، وهذه آلات ، فأشبهه ما لو ذبح بسكين غيره ، فإن قلنا : للغاصب . فعليه أجر ذلك كلّ مدة مقامه في يديه ، إن كان له أجر ، وإن قلنا : هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده ، في أحد الوجهين . لأن الأجر في مقابلة منافعه ، ومنافعه في هذه المدة عائدة إلى مالكه ، فلم يستحقّ عوضها على غيره ، كما لو زرع أرض إنسان ، فأخذ المالك الزرع بنفقته ، والثاني عليه أجر مثله . لأنه استوفى منافعه ، أشبه ما لو لم يصد شيئاً .

﴿ مسألة ﴾

٣٩١٢

قال (ومن غصب جارية ، فوطئها ، وأولدها لزمه الحد ، وأخذها سيدها ، وأولادها ، ومهر مثلها) وجلة ذلك : أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان . لأنها ليست زوجة له ، ولا ملكة عينية ، فإن كان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا . لأنه لا ملك له ، ولا شبهة ملك ، وعليه مهر مثلها ، سواء كانت مكرهة ، أو مطاوعة ، وقال الشافعي : لا مهر للمطاوعة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن مهر البغي » .

ولنا : أن هذا حقّ للسيد فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت في قطع يدها ، ولأنه حقّ يجب للسيد مع إكراهها ، فيجب مع مطاوعتها ، كأجر منافعتها ، والخبر محمول على الحرّة ، ويجب أرش بكارتها ، لأنه بدل جزء منها ، ويحتمل أن لا يجب ، لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة ، ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من نفويت البكارة . وإن حملت فالولد مملوك لسيدها . لأنه من ثمنها ، وأجزائها ولا يلحق نسبه بالوطء ، لأنه من زنا .

فإن وضعته حياً وجب ردّه معها ، وإن أسقطته ميتاً لم يضمن . لأننا لا نعلم حياته قبل هذا . هذا قول القاضي ، وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه ، وقال القاضي أبو الحسين : يجب ضمانه بقيمته ، لو كان حياً ، نص عليه الشافعي . لأنه يضمنه لو سقط بضربه ، وما ضمن بالإنلاف صمته الغاصب . بالتلف في يده ، كأجر العين ، والأولى إن شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه . لأنه الذي يضمنه به بالجناية ، فيضمنه به في التلف ، كالأجزاء .

وإن وضعته حياً حصل مضموناً في يد الغاصب ، كالأم ، فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيمته ، وإن نقصت الأم بالولادة ضمن نقصها ، ولم ينجر بالولد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : ينجر نقصها بولدها .

ولنا : أن ولدها ملك المغصوب منه . فلا ينجر به . نعم حصل بجناية الغاصب ، كالتقص الحاصل

بغير الولادة ، وإن ضرب الغاصب بطنها ، فألقت الجنين ميتاً ، فعليه عشرُ قيمة أُمّه ، وإن ضرب بطنها أجنبياً^(١) ففيه مثلُ ذلك ، وللمالك تضمينُ أيّهما شاء .

فإن ضمن الغاصبُ رجوعَ على الضارب وإن ضمن الضاربُ لم يرجع على أحدٍ : لأن الإلتلاف وُجد منه ، فاستقرّ الضمانُ عليه ، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ، ويدخلُ في ذلك أرشُ بَكَارتها ، ونقصُ ولادتها ، ولا يدخلُ فيه ضمانُ ولدها ، ولا مهرُ مثلها ، وسواء في هذه الأحكام كلّها حالةُ الإكراه ، أو المطاوعة لأنها حقوقُ لسيّدها ، فلا تسقط بمطاوعتها : وأما حقوقُ الله تعالى ، كالحدّ عليها ، والتعزيرُ في موضعٍ يجب^(٢) فإن كانت مطاوعةً على الوطء ، عالمةً بالتحريم فعليها الحدّ ، وإذا كانت من أهله ، والإثم ، وإلا فلا .

(فصل)

٣٩١٣

وإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك ، أقرب عهده بالإسلام ، أو ناشئاً ببادية بعيدة ، يخفى عليه مثلُ هذا ، فاعتقد حلَّ وطئها ، أو اعتقد أنها جاريته ، فأخذها ، ثم تبين أنها غيرها ، فلا حدّ عليه ، لأن الحدّ يُدْرَأ بالشُبُهات ، وعليه المهرُ ، وأرشُ البَكَارة .
وإن حملت فالولد حرّ . لاعتقاده أنها مملوكة ، ويلحقه النسبُ ، لموضع الشبهة .
وإن وضعته ميتاً لم يضمّنه لأنه لم يعلم حياته ، ولأنه لم يُحَلَّ بينه ، وبينه ، وإلّا وجب تقويمه ، لأجل الحيلولة .

وإن وضعته حيّاً فعليه قيمته يوم انفصاله ، لأنه فوتَ عليه رِقّةً باعتقاده ، ولا يمكن تقويمه حلاً فقوّم عليه أولَ حالِ انفصاله ، لأنه أولُ حالٍ إمكانِ تقويمه ، ولأن ذلك وقتُ الحيلولة بينه ، وبين سيّده ، وإن ضرب الغاصبُ بطنها ، فألقت جنيناً ميتاً ، فعليه غُرّةٌ عبدٌ أو أمةٌ ، قيمتها خمسُ من الإبل ، موروثةٌ عنه ، لا يرث الضاربُ منها شيئاً . لأنه أتلف جنيناً حرّاً ، وعليه للسيّد عشرُ قيمة أُمّه . لأن الإسقاط لما اعتقب الضرب ، فالظاهر حصوله به وضمانه للسيّد ضمانُ المالك ، ولهذا لو وضعته حيّاً قوّمناه مملوكاً . وإن كان الضارب أجنبياً فعليه غُرّةٌ ، ديةُ الجنين الحرّ . لأنه محكوم بحرّيته ، وتكون موروثةٌ عنه وعلى الغاصب للسيّد عشرُ قيمة أُمّه ، لأنه يضمّنه ضمانُ المالك ، وقد فوتَ رِقّةً على السيّد ، وحصل التلف في يديه ، والحكم في المهر ، والأرث ، والأجر ، ونقص الولادة ، وقيمتها على ماضى ، إذا كانا عالين . لأن هذه حقوقُ الآدميين ، فلا تسقط بالجهل ، والخطأ ، كالدية .

(١) الأسلوب السليم أن يقال يجب فيه ليعود الضمير من الوصف إلى الموصوف ، إلا إذا قلنا بتقدير

« فيه » فيجوز .

٣٩١٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿وإن كان الغاصب باعها ، فوطئها المشتري ، وأولدها ، وهو لا يعلم رُدَّت الجاريةُ إلى سيدها ، ومهر مثلها ، وفدَى أولاده بمثلهم ، وهم أحرار . ورجع بذلك كله على الغاصب ﴾ .
وجملة ذلك : أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعه فاسدٌ لأنه يبيع مال غيره ، بغير إذنه ، وفيه رواية أخرى : أنه يصح ، ويقفُ على إجازة المالك ، وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وفيه رواية ثالثة : أن البيع يصح ، وينفذ . لأن الغصب في الظاهر تتطاول مدته ، فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك ، والمشتري . لأن المالك لا يملك ثمنها ، والمشتري لا يملكها ، والتفريع على الرواية الأولى ، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب ، إلا أن المشتري إذا ادعى الجمالة قُبِل منه ، بخلاف الغاصب ، فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه ، ويجب رد الجارية إلى سيدها ، وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها . لأن الغاصب أخذها بغير حق . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً ، فيدخل في عموم الخبر ، ولأن مال غيره في يده ، وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى .

ويلزم للمشتري المهرُ لأنه وطئ جارية غيره ، بغير نكاح ، وعليه أرشُ البكارة ، ونقص الولادة ، وإن ولدت منه فالولد حُرٌّ لا اعتقاده أنه بطأ مملوكته ، فمنع ذلك انحلاف الولد رقيقاً ، ويلحقه نسبه ، وعليه فداؤهم ، لأنه فوت رِقْمهم على سيدهم ، باعتقاده حِلُّ الوطء .

هذا الصحيح في المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقد نقل ابن منصور ، عن أحمد : أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده ، وليس للسيد بدلهم . لأنهم كانوا في حال العِلوق أحراراً ، ولم يكن لهم قيمة حينئذٍ ، قال الخلال : أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول ، والذي أذهب إليه : أنه يفديهم ، وقد نقله ابن منصور أيضاً ، وجعفر بن محمد ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، ويفديهم بيدهم يوم الوضع ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجب يوم المطالبة ، لأن ولد المصوبة لا يضمه عنده إلا بالمنع ، وقبل المطالبة لم يحصل منع ، فلم يجب ، وقد ذكرنا فيما مضى : أنه يحدث مضموناً ، فيقوم يوم وضعه ، لأنه أول حال أمكن تقويمه .

واختلاف أصحابنا فيما يفديهم به ، فنقل الخِرَقِي ههنا : أنه يفديهم بمثلهم ، والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن ، والصفات ، والجنس ، والذكورية ، والأنوثية ، وقد نص عليه أحمد .

وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم في القيمة ، وعن أحمد رواية ثالثة : أنه يفديهم بقيمتهم ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وهو أصح إن شاء الله تعالى . لأن الحيوان ليس بمثلٍ ، فيضمن بقيمته ، (م ٢٦ الفنى — خمس)

كسائر المتقوّمات ، ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته ، وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع .
وقول الخِرَقِيّ « رجع بذلك كلّ على الغاصب » . يعنى بالمهر ، وما فدى به الأولاد . لأن المشتري
دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض ، فإذا لم يسلم له ذلك ، فقد غرّمه البائع ،
فرجع به عليه .

فأما الجارية إذا ردّها لم يرجع ببدلها ، لأنّها ملك المصوب منه ، رجعت إليه ، لكفّه يرجع على
الغاصب بالثمن الذي أخذه منه .

وإن كانت قد أقامت عنده مدّة لمثلها أجر في تلك المدّة ، فعليه أجرها ، وإن اغتصبها بـسكراً فعليه
أرش بـسكارتها ، وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها ، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها .
وكلّ ضمان يجب على المشتري فلامغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما . لأن يد الغاصب سبب يد
المشتري ، وما وجب على الغاصب من أجر المدّة التي كانت في يده ، أو نقص حدث عنده ، فإنّه يرجع
به على الغاصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري ، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده ،
وأخذه منه ، فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت :

فإن كان المشتري حين الشراء علم أنّها غير مفسوبة لم يرجع بشيء . لأن موجب الضمان وجد في
يده من غير تفرير ، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب :

ضرب لا يرجع به ، وهو قيمتها ، إن تلفت في يده ، وأرش بسكارتها ، وبدل مجزء من أجزائها .
لأنه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به .

وضرب يرجع به ، وهو بدل الولد إذا ولدت منه . لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً
عليه ، ولم يحصل من جهة إئتلاف ، وإتاما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه ، وكذا نقص الولادة .

وضرب اختلف فيه ، وهو مهر مثلها ، وأجر نفقها ، فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان :
إحداها : يرجع به ، وهو قول الخِرَقِيّ . لأنه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض ، فإذا غرّمه عوضه
رجع به ، كبذل الولد ، ونقص الولادة ، وهذا أحد قولي الشافعيّ .

والثانية : لا يرجع به ، وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة . لأنه غرّم ما استوفى بدله ، فلا ترجع به ،
كقيمة الجارية ، وبدل أجزائها ، وهذا القول الثاني للشافعيّ . وإن رجع بذلك كلّ على الغاصب ، فكلّ
ما لو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب ، إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري .
وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب . إذا غرّمه الغاصب لم يرجع به على المشتري ،
ومتى ردّها حاملاً ، فانت من الوضع ، فإنها مضمونة على الواطئ ، لأن التلف بسبب من جهته .

(فصل)

٣٩١٥

ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحدّ، لأنها معذورة، وعليه مهرها، حرّة كانت، أو أمة. فإن كانت حرّة كان المهر لها، وإن كانت أمة كان لسيدّها، وبه قال مالك، والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجب المهر لأنه وطء يتعلّق به وجوب الحدّ، فلم يجب به المهر، كما لو طأوعته. ولنا: أنه وطء في غير ملك، سقط فيه الحدّ، من الموطوءة، فإذا كان الواطئ من أهل الضمان في حقّها وجب عليه مهرها، كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة، فإن كانت أمة وجب مهرها. لأنه حقّ لسيدّها، فلا يسقط برضاها، وإن كانت حرّة لم يجب لها المهر: لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب، فلم يؤجّب، كما لو أدنته في قطع يدها، أو إتلاف جزء منها.

وروى عن أحمد رواية أخرى: أن الثيب لا مهر لها، وإن أكرهت، نقلها ابن منصور، وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الأول. لأنها مكروهة على الوطء الحرام، فوجب لها المهر، كالبكر، ويجب أرش البكارة مع المهر، كما قدّمنا.

(فصل)

٣٩١٦

إذا أجز الفاصب المنصوب بالإجارة باطلة، على إحدى الروايات، كالبيع، ولما لكة تضمين أيّهما شاء أجر مثلهما، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك، لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة، إلا إن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد، فيرجع بالزيادة، ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الفاصب رجع به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكة تفسر من شاء منها قيمتها، فإن غرّم المستأجر فله الرجوع بذلك على الفاصب. لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين، ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرّم، هذا إذا لم يلم بالفاصب، وإن علم لم يرجع على أحد. لأنه دخل على بصيرة، وحصل التلف في يده، فاستقرّ الضمان عليه.

فإن غرم الفاصب الأجر، والقيمة رجع بالأجر على المستأجر، على كل حال، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالفاصب، وإلا فلا، وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن، في الفصل كلّ، وحكى عن أبي حنيفة أن الأجر للفاصب، دون صاحب الدار، وهذا فاسد. لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار، فلم يملكها الفاصب، كعوض الأجزاء.

(فصل)

٣٩١٧

وإن أودع المنصوب، أو وكل رجلاً في بيعه، ودفعه إليه، فتلف في يده فللمالك تضمين أيّهما شاء، أمّا الفاصب فلا لأنه حال بين المالك وبين ملكه، وأثبت اليد العاديّة عليه، والمستودع والوكيل لإثباتهما

أيديهما على ملكٍ معصوم بغير حقّ ، فإن غرم الفاضبُ ، وكانا غير عالين بالغصب ، استقرّ الضمان عليه ، ولم يرجع على أحدٍ ، وإن غَرَمَهما رجعا على الفاضب بما غَرِمَا من القيمة ، والأجر ، لأنهما دخلا على أن لا يضمننا شيئاً من ذلك ، ولم يحصل لهما بدل عما ضيّنا .

وإن علما أنها مفصوبة استقرّ الضمانُ . لأن التلف حصل تحت أيديهما . من غير تفرير بهما . فاستقرّ الضمانُ عليهما .

فإن غرما شيئاً لم يرجعا به ، وإن غرم الفاضبُ رجعا عليهما ، لأنّ التلف حصل في أيديهما . وإن جَرَحَها الفاضبُ ، ثم أودعها . أو ردّها إلى مالكها . فتلفت بالتجرع استقرّ الضمان على الفاضب بكلّ حال . لأنه هو المتلف . فكان الضمانُ عليه ، كما لو باشرها بالإتلاف في يده .

(فصل)

٣٩١٨

وإن أعار العين المفصوبة . فتلفت عند المستعير . فللمالك تضمينُ أيّهما شاء أجرها . وقيمتها ، فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحدٍ . وإن غرم الفاضبُ رجعا على المستعير . وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين . لأنه قبضها على أن تكون مضمونةً عليه . وهل يرجع بما غرم من الأجر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يرجع . لأنه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه .

والثاني : لا يرجع لأنه انتفع بها ، فقد استوفى بدل ما غرم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال ، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمةً من يوم التلف ، فضمن الأكثر ، فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين : لأنه دخل على أنه لا يضمنه ، ولم يستوف بدله ، فإن ردّها المستعير على الفاضب ، فللمالك أن يضمنه أيضاً ، لأنه قوت الملك على مالكة ، بتسليمه إلى غير مُستحقّه ، ويستقرّ الضمان على الفاضب ، إن حصل التلف في يديه ، وكذلك الحكم في المودع ، وغيره .

(فصل)

٣٩١٩

وإن وهب المنصوب لعالم بالغصب ، استقرّ الضمانُ على المتهب ، فمهما غرم من قيمة العين ، أو أجزائها لم يرجع به على أحد ، لأن التلف حصل في يديه ، ولم يفرّه أحد ، وكذلك أجر مدة مُقامه في يديه ، وأرشُ نقصه إن حصل ، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمينُ أيّهما شاء . فإن ضمن المتهبُ رجعا على الواهب بقيمة العين ، والأجزاء ، لأنه غَرَمَهُ . وقال أبو حنيفة : أيّهما ضمن لم يرجع على الآخر .

ولنا : أن المتهب دخل على أن تسلّم له العين ، فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها ، كقيمة الأولاد ،

فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه ، فأما الأجرة ، والمهر ، وأرش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب ؟ فيه وجهان ، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب ؟ فيه وجهان :

(فصل)

٣٩٢٠

وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروابطين .

إحداها : بطلانها .

والثانية : صحتها ووقوفها على إجازة المالك ، وذكر أبو الخطاب : أن في تصرفات الغاصب الحسنة رواية : أنها تقع صحيحة ، وسواء في ذلك العبادات ، كالطهارة ، والصلاة ، والزكاة ، والحج ، أو العقود كالبيع ، والإجارة ، والنكاح ، وهذا ينبغي أن يقتيد في العقود بما لم يُبطله المالك ، فأما ما اختار المالك إبطاله ، وأخذ العقود عليه ، فلم نعلم فيه خلافاً ، وأما ما لم يُدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه : أن الغاصب تطول مدته ؛ وتكثر تصرفاته ؛ ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير ، وربما عاد الضرر على المالك ؛ فإن الحكم بصحتها يقتضى كون الربح للمالك ، والعوض بنائه ؛ وزيادته له ؛ والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل)

٣٩٢١

وإذا غصب أماناً ، فأنجز بها ، أو غروضاً ؛ فباعها ، وأنجز بضمنها ، فقال أصحابنا : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك ، قال الشريف : وعن أحمد : أنه يتصدق به ، وإن اشتراه في ذمته ، ثم نقد الأمان ، فقال أبو الخطاب : يحتمل أن يكون الربح للغاصب ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه . لأنه اشترى لنفسه في ذمته ، فكان الشراء له ؛ والربح له ، وعليه بدل المصوب ؛ وهذا قياس قول الحرقي ؛ ويحتمل أن يكون الربح للمصوب منه ، لأنه نماء ملكه ، فكان له ، كما لو اشترى بعين المال ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وإن حصل خسران ، فهو على الغاصب ، لأنه نقص حصل في المصوب ، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرناه ، وليس على المالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في العمل في ماله ، وأما الغاصب فإن كان المضارب عالماً بالغصب ، فلا أجر له ، لأنه مُتَعَمِّلٌ بالعمل ، ولم يفره أحد ، وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله ، لأنه استعمله عملاً بموَضَّ لم يحصل له ، فلزمه أجره كالمقد الفاسد .

﴿مسألة﴾

٣٩٢٢

قال ﴿ومن غصب شيئاً ، ولم يقدر على ردّه لزمته الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه ردّه ، وأخذ القيمة﴾ وجملة : أن من غصب شيئاً يعجز عن ردّه ، كعبد أبق ، أو دابة شركت فللمصوب منه المطالبة ببذله ، فإذا أخذه ملكه ، ولم يملك الغاصب العين المصوبة ، بل متى قدر عليها لزمه ردّها ،

ويسترد قيمتها التي أداها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك : يختار المالك بين الصبر إلى إمكان ردّها ، فيستردّها ، وبين تضمينه إياها ، فيزول ملكه عنها ، وتصير ملكاً للغاصب ، لا يلزمه ردّها ، إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه ، لأن المالك ملك البذل ، فلا يبقى ملكه على المبدل ، كالبيع ، ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه ، ففعله كما لو خاط زبته بزبته .

ولنا : أن المصوب لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يصح بالتضمين ، كالتالف ، ولأنه غرم ما تعذر عليه ردّه بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك ، كما لو كان المصوب مُدبراً وليس هذا جمعا بين البذل ، والمبدل . لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة ، لا على سبيل العوض .

ولهذا إذا ردّ المصوب إليه ردّ القيمة عليه ، ولا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه ، ولأن حق صاحبه انقطع عنه ، لتعذر ردّه أبداً .

إذا ثبت هذا : فإنه متى قدر على المصوب ردّه ، ونماه المنفصل ، والمتصل ، وأجر مثله إلى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى ردّه ؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا يلزمه ، لأنه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه ، فلم يستحق الانتفاع به ، وبما قام مقامه ، كسائر ما عداه .

والثاني : له أجر ، لأن العين باقية على ملكه ، والمنفعة له ، ويجب على المالك ردّها ما أخذها بدلاً عنه إلى الغاصب ، لأنه أخذها بالحيلولة ، وقد زالت ، فيجب ردّها ما أخذ من أجلها . إن كان باقيا بيمينه ، وردّ زيادته المتصلة ، كالسمن ، ونحوه ، لأنها تنبع في الفسوخ ، وهذا فسوخ ، ولا يلزم ردّ زيادته المنفصلة ، لأنها وجدت في ملكه ، ولا تنبع في الفسوخ ، فأشبهت زيادة المبيع المردود بيمين ، وإن كان البذل تالفاً ردّ مثله ، أو قيمته ، إن لم يكن من ذوات الأمثال .

(فصل)

٣٩٢٣

وإن غصب عصيراً ، فصار خمرأ ، فعليه مثل العصير لأنه تلف في يديه ، فإن صار خلاً وجب ردّه ، وما نقص من قيمة العصير ، ويسترجع ما أداه من بدله ؛ وقال بعض أصحاب الشافعي : برد الخل ، ولا يسترجع القيمة ؛ لأن العصير تلف بتخمره ؛ فوجب ضمانه ، وإن عاد خلاً ، كما لو هزّات الجارية السميكة ثم عاد سمنها فإنه يردها ؛ وأرش نقصها .

ولنا : أن الخل عين العصير تغيرت صفته ؛ وقد ردّه ؛ فكان له استرجاع ما أداه بدلاً عنه ؛ كما لو غصبه ؛ فغصبه منه غاصب ثم ردّه عليه ، وكما لو غصب حملاً ، فصار كبشاً ؛ أما السمن الأول فلنا فيه منع . وإن سلّمناه فالثاني غير الأول ، بخلاف مسألتنا .

٣٩٢٤

(فصل)

وإذا غصب شيئاً ببلد ، فلقية ببلد آخر ، فطالبه به ، نظرت : فإن كان أئماناً لزمه دفعها إليه ، لأن الأئمان قيم الأشياء ، فلا يضر اختلاف قيمتها ، وإن كانت غيرها ، وكانت من المثليات ، وقيمتها في البلدين واحدة ، أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله ، لأنه لا ضرر عليه ، وكذلك إن كانت قيمته مختلفة ، إلا أنه لا مؤنة لحمله ، فله المطالبة بمثله ، لأنه أمكنه ردّ المثل من غير ضرر يلحقه ، وإن كان لحمله مؤنة ، وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقلّ فليس عليه ردّه ولا ردّ مثله . لأننا لا نكلفه مؤنة النقل إلى بلد ، لا يستحقّ تسليمه فيه ، وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده ، وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه ، لأنه تعذر ردّه وردّ مثله ، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها ، في البلد الذي غصبه فيه ، ومتى قدر على ردّ الدين المغصوب ردّها ، واسترجع بدلها ، على ما ذكرناه في المسألة قبل هذا .

٣٩٢٥

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو غصبها حاملاً ، فولدت في يده ، ثم مات الولد أخذها سيدها ، وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته﴾

الكلام في هذه المسألة في أسرين :

(أحدهما) أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان ، أمة أو غيرها ، فالولد مضمون ، وكذلك لو غصب حائلاً ، فمات عنده ، وولدت ضمن ولدها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب ضمان الولد في الصورتين ، لأنه ليس بمغصوب ، إذ الغصب فعل محذور ، ولم يوجد ، فإن الموجود ثبتت اليد عليه ، وليس ذلك من فعله ، لأنه انبنى على وجود الولد ، ولا صنع له فيه .

ولنأين ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرّة في الصدفة ، والجوز ، واللوز ، ولأنه مغصوب ، فيضمن ، كالأم ، فإن الولد إما أن يكون مودوعاً في الأم ، كالدرّة في الحقة : وإما أن يكون كأجزاءها ، وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف ، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف ، فإن أسقطته ميتة لم يضمه ، لأنه لا تعلم حياته ، ولكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملاً ، وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه .

(الأسر الثاني) أنه يلزمه ردّ الموجود من المغصوب ، وقيمة التالف ، فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الردّ ردّها ، وإن كانت تختلف نظرنا : فإن كان اختلافهما لمعنى فيه ، من كبر وصغر ، وسمن وهزال ، وتعلّم ونسيان ، ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة ، وتقصّ ،

فالواجب القيمة أكثر ما كانت ، لأنها منصوبة في الحال التي زادت فيها ، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب ، على ما قررناه فيما مضى .

فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذٍ ، لأنه كان يلزمه ردّها زائدة ، فلزمته قيمتها كذلك .

وإن كانت زائدة قبل تلفها ، ثم نقصت عند تلفها ، لزمه قيمتها حين كانت زائدة ، لأنه لو ردّها ناقصةً للزمه أرشُ نقصها ، وهو بدل الزيادة ، فإذا ضمن الزيادة مع ردّها ضمنها عند تلفها ، فإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة ، لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع ردّ العين ، فلا يضمن عند تلفها ، وحل القاضي قول الخِرَقِيّ على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأن أكثر القيمتين فيه للمغضوب منه ، فإذا تعدّر ردّها ضمنها كقيمة يوم التلف ، وإنما سقطت القيمة مع ردّ العين ، والمذهب الأول . لما ذكرنا .

وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني ، لأن تلك تضمن مع ردّ العين ، فكذلك مع تلفها ، وهذه لا تضمن مع ردّ العين ، فكذلك مع تلفها ، وقولهم : إنها سقطت بردّ العين . لا يصحّ لأنها لو وجبت لما سقطت بالردّ ، كزيادة السمن ، والتعلّم ، قال القاضي : ولم أجده عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين ، لتغير الأسعار ، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف ، رواه الجماعة عن أحمد وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك . لأنه الوقت الذي أزال يده عنه ، فيلزمه القيمة حينئذٍ ، كما لو أتلفه .

ولنا : أن القيمة إنما تثبت في الذمة حين التلف ، لأن قبل ذلك كان الواجب ردّ العين ، دون قيمتها ، فاعتبرت تلك الحالة ، كما لو لم تختلف قيمته ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن إمساك المغضوب غصبٌ ، فإنه فعلٌ يجب عليه تركه في كبل حال ، وما روى عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال : جبن أحمد عنه ، كأنه رجع إلى قوله الأول .

(فصل)

٣٩٣٦

وإن كان المغضوب من المثليات ، فتلف ، وجب ردّ مثله ، فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ، وقال القاضي : تجب قيمته يوم قبض البدل ، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل ، بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده ، لمكان الواجب هو دون القيمة ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وأكثر أصحاب الشافعيّ : تجب قيمته يوم الحاكمة ، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم .

ولنا : أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل ، فاعتبرت القيمة حينئذٍ ، كتلف المتقوم ،

ودليل وجوبها حينئذٍ أنه يستحق طلبها ، واستيفاءها ، ويجب على الفاضب أدائها ، ولا ينفى وجوب المثل ، لأنه معجوز عنه ، والتكليف يستدعي الوُسْعَ ، ولأنه لا يستحق طلب المثل ، ولا استيفاءه ، ولا يجب على الآخر ، أدائه ، فلم يكن واجباً ، كحالة المحاكاة ، وأما إذا قدر على المثل بعد فقدته فإنه يعود وجوبه ، لأنه الأصلُ قدر عليه قبل أداء البذل ، فأشبه القدرة على المساء بعد التيمم ، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكاة ، وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه ، وأخذه ، وقد روى عن أحمد في رجل أخذ من رجل أطلاً من كذا ، وكذا ، أعطاه على السعر يوم أخذه ، لا يوم يحاسبه ، وكذلك روى عنه في حوائج البقال : عليه القيمة يوم الأخذ .

وهذا يدل على أن القيمة تُعتبر يوم الغصب ، وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ، ويمكن التفريق بين هذا ، وبين الغصب من قبل أن ما أخذه همنا بإذن مالسه ، ملكه ، وحل له التصرف فيه ، فنثبت قيمته يوم ملكه ، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه ، لأنه ملكه ، والمنصوب ملك للمغصوب منه ، والواجب رده ، لا قيمته ، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه ، أو انقطاع مثله ، فاعتُبرت القيمة حينئذٍ ، وتغيرت بتغيره قبل ذلك ، فأما إن كان المنصوب باقياً ، وتعدّر رده ، فأوجبنا ردّ قيمته ، فإنه يطالبه بقيمته يوم قبضها ، لأن القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ، ولهذا يتخير بين أخذها ، والمطالبة بها ، وبين الصبر إلى وقت إمكان الردّ ، ومطالبة الفاضب بالسعى في رده ، وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه ، وبينه ، فيعتبر ما يقوم مقامه ، ولأن ملكه لم يزُل عنه ، بخلاف غيره .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٢٧

قال ﴿ وإذا كانت المنصوب أجرة فعلى الفاضب رده ، وأجر مثله مدة مقامه في يديه ﴾

هذه المسألة تشتمل على حكيمين :

(أحدهما) وجوب ردّ المنصوب .

(والثاني) ردّ أجرته : أما الأول فإن المنصوب متى كان باقياً وجب رده ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « كُلِّي الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ » ^(١) رواه أبو داود وابن ماجه ، والترمذي ، وقال : حديث حسن ، وروى عبد الله بن السائب ، بن يزيد ، عن أبيه ، عن جدّه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لَا عِبَا جَادًا ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُرُدَّهَا » رواه أبو داود ، يعني أنه يقصد الزج مع صاحبه بأخذ متاعه ، وهو جاد في إدخال النعم ، والغبط عليه ، ولأنه أزال يد المالك عن ماله بغير حق ، ألزمه إعادتها ، وأجمع العلماء على وجوب ردّ المنصوب ، إذا كان باقياً بحاله ، لم يتغير ،

(١) هذا الحديث مروي باللفظ : إذ نص الحديث : (حتى تؤديه) .

(الثالث) أن يخيظ به جرح حيوان مأكول، فإن كان مِلْكاً لغير الغاصب، وخيف تلفه بقلعه، لم يقلع، لأن فيه إضراراً بصاحبه، ولا يُزال الضرر بالضرر، ولا يجب إتلاف مال من لم يَجْنِ صيانةً لِمَالٍ آخر، وإن كان الحيوان للغاصب فقال القاضى: لا يجب رده، لأنه يمكن ذبح الحيوان، والانتفاع بلحمه، وذلك جائز، وإن حصل فيه نقص على الغاصب، فليس ذلك بمنع من وجوب ردّ المغصوب، كنقص البناء لردّ الحجر المغصوب، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان:

(أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه، لأن للحيوان حرمةً في نفسه، وقد نهى النبی ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ويحتمل أن يُفرق بين ما يُعدّ للأكل من الحيوان، كبهيمة الأنعام، والدجاج، وأكثر الطير، وبين ما لا يُعدّ له، كالخيل، والطير المقصود صوته، فالأول يجب ذبحه، إذا توقّف ردّ المغصوب عليه.

(والثاني) لا يجب، لأنّ ذبحه إتلاف له، فجري مجرى مالا يؤكل لحمه، ومتى أمكن رد الخيظ من غير تلف الحيوان، أو تلف بعض أعضائه، أو ضرر كثير وجب رده.

(فصل)

٣٩٢٩

وإن غصب فصيلاً، فأدخله داره فكبير، ولم يخرج من الباب، أو خشبةً، وأدخلها داره، ثم بنى الباب ضيقاً لا يَرُجّ معه إلا ينقصه وجب نقصه، وردّ مفصيل، والخشبة، كما ينقض البناء لردّ الساجة^(١)، فإن كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب، وضمانه على صاحب الفصيل، لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار، وأما الخشبة: فإن كان كسرهما أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل، وإن كان أقلّ كسرت.

ويحتمل في الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقلّ ضرراً ذبح، وأخرج لحمه، لأنه في معنى الخشبة، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه، كرجل غصب داراً، فأدخلها فصيلاً، أو خشبةً، أو تعدّى على إنسان، فأدخل داره فرسا، ونحوها كسرت الخشبة، وذبح الحيوان، وإن زاد ضرره على نقض البناء، لأن سبب هذا الضرر عدوانه، فيجعل عليه دون غيره.

ولو باع داراً فيها خواحي لا تخرج إلا بنقض الباب، أو خزائن، أو حيوان، وكان نقض الباب أقلّ ضرراً من بقاء ذلك في الدار، أو تفصيله، أو ذبح الحيوان، نقض، وكان إصلاحه على البائع، لأنه لتخليص ماله، وإن كان أكثر ضرراً لم ينقص، لأنه لا فائدة فيه، ويصطلحان على ذلك، إمّا بأن يشترطه مشتري الدار، أو غير ذلك.

(١) الساجة: خشبة من نوع معروف شجره يسمى الساج.

٣٩٣٠

(فصل)

وإن غصب جوهرة ، فابتلعها بهيمة ، فقال أصحابنا : حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذُبِحَ الحيوان ، وردت إلى مالكها ، وضمان الحيوان على الناصب ، إلا أن يكون الحيوان آدمياً ، وفارق الخيط ، لأنه فى الغالب أقل قيمة من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمة ، ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ، ورعاية حق الناصب بتقاعيل الضمان عليه ، وإن ابتلعت شاء رجل جوهرة آخر ، غير منصوبة ، ولم يمكن إخراجها ، إلا بذبح الشاة ذُبِحت ، إذا كان ضرر ذبحها أقل ، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة ، لأنه لتخليص ماله ، إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة ، يكون يده عليها ، فلا شاة لصاحب الجوهرة ، لأن التفريط من صاحب الشاة ، فالضرر عليه ، وإن أدخلت رأسها فى ققم ، فلم يمكن إخراجها إلا بذبحها ، وكان الضرر فى ذبحها أقل ذُبِحت ، وإن كان الضرر فى كسر الققم أقل كسر الققم ، وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه ، وإن كان التفريط من صاحب الشاة ، فالضمان على صاحب الشاة ، إن كسر الققم ، لأنه كسر لتخليص شأنه ، وإن ذُبِحت الشاة فالضمان على صاحب الققم ، لأنه لتخليص ققمه .

فإن قال من عليه الضمان منهما : أنا أتلف مالى ، ولا أغرم شيئاً للآخر ، فله ذلك ، لأن إتلاف مالى الآخر إنما كان لحقه ، وسلامة ماله ، وتخليصه ، فإذا رضى بتلفه لم يجز إتلاف غيره ، وإن قال : لا أتلف مالى . ولا أغرم شيئاً لم نكته من إتلاف ملى صاحبه . لكن صاحب الققم لا يجبر على شيء . لأن الققم لا حرمة له . فلا يجبر صاحبه على تخليصه . وأما صاحب الشاة فلا يحمل له تركها . لمسا فيه من تعذيب الحيوان . فيقال له : إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب . وإما أن تفرم الققم لصاحبه ، إذا كان كسره أقل ضرراً . ويخلصها . لأن ذلك من ضرورة إبقائها . أو تخليصها من العذاب . فلزمه كملها . وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا . واحتمل أن يكسر الققم . وهو قول أصحابنا . لأنه لا تقع فى ذبحه . ولا هو مشروع . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان غير أكله . ويحتمل أن يجرى مجرى المأكول : فى أنه متى كان قتله أقل ضرراً . وكانت الجنابة من صاحبه قتل . لأن حرمة معارضة الحرمة الأدنى الذى يتلف ماله . والنهى عن ذبحه معارض بالهوى عن إضاعه المال . وفى كسر الققم مع كثرة قيمته إضاعة للمال ، والله أعلم .

٣٩٣١

(فصل)

وإن غصب ديناراً ، فوقع في محبرته ، أو أخذ دينار غيره ، فسها ، فوقع في محبرته ، كسرت وردّ الدينار كما ينقض البناء . لردّ الساجة ، وكذلك إن كان درهماً أو أقلّ منه ، وإن وقع من غير فعله كسرت لردّ الدينار ، إن أحبّ صاحبه ، والضمان عليه ، لأنه امتلأ به ماله ، وإن غصب ديناراً ، فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب ، أو غير فعله كسرت لردّه ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ، ولم تكسر .

وإن رمى إنسان ديناره في محبرة غيره عدواناً ، فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يُجبر عليه ، لأن صاحبه تمدّى برميّه فيها ، فلم يُجبر صاحبها على إتلاف ماله ، لإزالة ضرر عدوانه ، عن نفسه ، وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ، ويحتمل أن يُجبر على كسرها لردّ عين الغاصب ، وبضمن الغاصب قيمتها ، كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك ، لأخذ غرسه ، وبضمن نقصها بالحفر ، وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها .

٣٩٣٢

(فصل)

وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة ، فإن كانت على الساحل لزم قلعه وردّه ، وإن كانت في لجة البحر ، واللوح في أعلاها بحيث لا تفرق بقلعه لزم قلعه ، وإن خيف غرقها بقلعه لم يُقلع حتى تخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح طلب قيمته ، فإذا أمكن ردّ اللوح استرجعه ، وردّ القيمة ، كما لو غصب عبداً ، فأبى ، وقال أبو الخطّاب : إن كان فيها حيوان له حرمة ، أو مال لغير الغاصب لم يقلع ، كالخيط ، وإن كان فيها مال للغاصب ، أو لآمال فيها ، فقبها وجهان .

أحدهما : لا يقلع .

والثاني : يقلع في الحال ، لأنه أمكن ردّ المغصوب ، فلزم ، وإن أدى إلى تلف المال ، كردّ الساجة المبني عليها ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

ولنا : أنه أمكن ردّ المغصوب من غير إتلاف ، فلم يجز الإتلاف ، كما لو كان فيها مال غيره ، وفارق الساجة في البناء ، فإنه لا يمكن ردّها من غير إتلاف .

٣٩٣٣

(فصل)

وإذا غصب شيئاً ، غلظه بما يمكن تمييزه منه ، كحنطة بشعير ، أو سمسم ، أو صفار الحبّ بكباره ، أو زبيب أسود بأحمر ، لزمه تمييزه ، وردّه ، وأجر المميز عليه ، وإن لم يمكن تمييز جميعه ، وجب تمييزه .

ما أمكن ، وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

أحدها : أن يخلطه بمثله من جنسه ، كزيت بزيت ، أو حنطة بمثلها ، أو دقيق بمثله ، أو دنانير ، أو دراهم بمثلها ، فقال ابن حامد : يلزمه مثلُ المنصوب منه ، وهو ظاهر كلام أحمد ، لأنه نصّ على أنه يكون شريكاً به ، إذا خلطه بغير الجنس ، فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ ، إلا في الدقيق ، فإنه تجب قيمته ، لأنه عندهم ليس بمثلٍ وقال القاضي : قياس المذهب أنه يلزمه مثله ، إن شاء منه ، وإن شاء من غيره ، لأنه تعذر عليه ردّ عين ماله . بالخلط ، فأشبه ما لو تلف ، لأنه لا يتميز له شيء من ماله .

ولنا : أنه قدر على دفع بعض ماله إليه ، مع ردّ المثل في الباقي ، فلم ينتقل إلى المثل في الجميع ، كما لو غصب صاعاً فتلّف نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله ، وبذل الباقي ، فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع)

أن يخلطه بغير منه ، أو دونه ، أو بغير جنسه ، فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان ، يباع الجميع ، ويدفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقه ، لأنه قال في رواية أبي الحارث ، في رجل له رطل زيت ، وآخر له رطل شيرج ، اختلطا : يُباع الدهن كله ، ويُعطى كلّ واحد منهما قدر حصته ، وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كلّ واحد منهما عين ماله ، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البذل ، وإن نقص المنصوب عن قيمته منفرداً ، فعلى الغاصب ضمانُ النقص ، لأنه حصل بفعله .

وقال القاضي : قياس المذهب : أنه يلزم الغاصب مثله ، لأنه صار بالخلط مستمكناً ، وكذلك لو اشترى زيتاً ، فخلطه بزيت ، ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ، ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله ، فكان له بدله ، كما لو كان تالفاً ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب ، فأما المنصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من الثلاثيات متميزاً ، فلزمه مثله ، كما لو أتلّفه ، إلا أن خلطه بغير منه ، وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله ، لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه ، وتبرّع بالزيادة في مثل المباقي . وإن خلطه بأدّون منه ، فرضى المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بدله ، لأنه أمكنه ردّ بعض المنصوب ، وردّ مثل الباقي من غير ضرر ، وقيل لا يلزم الغاصب ذلك ، لأن حقه انتقل إلى الذمة ، فلم يُجبر على غير مال ، وإن بدله للمنصوب منه فأباه لم يُجبر على قبوله ، لأنه دون حقه ، وإن تراضيا بذلك جاز ، وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه .

وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء ، أو دون حقه من الجيد لم يجز ، لأنه ربّما ، لأنه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة ، وإن كان بالعكس ، فرضى دون حقه من الرديء ، أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز ، لأنه لا مقابل للزيادة ، وإنما هي إمّاع مجرّد ، وإن خلطه

بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقلّ جاز لأنه بدله ، من غير جنسه ، فلا تحرّم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له ، كزيت خلطه بماء ، أو لبن شابه بماء ، فإن أمكن تخليصه خالصه ، وردّ نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه ، أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله ، لأنه صار كالهالك ، وإن لم يفسده ردّه وردّ نقصه ، وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك ، لأنه بسببه ، ولأصحاب الشافعيّ في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل)

٣٩٣٤

وإن غصب ثوباً فصبغه ، لم يخلُ من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يصبغه بصبغ له .

الثاني : أن يصبغه بصبغ للمفصوب منه .

الثالث : أن يصبغه بصبغ لغيرها ، والأول لا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون الثوب ، والصبغ بحالهما ، لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص ، مثل إن كانت قيمة كلّ واحد منهما خمسة ، فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة ، فمما شرب كان لأن الصبغ عين مال له قيمة ، فإن تراضيا بتركه لهما جاز ، وإن باعاه فثمنه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) إذا زادت قيمتهما ، فصارا يساويان عشرين نظرت : فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق ، كانت الزيادة لصاحب الثوب ، وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق ، فالزيادة لصاحبه ، وإن كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على حسب زيادة كلّ واحد منهما ، فإن تساويا في الزيادة في السوق تساويا صاحباهما فيهما ، وإن زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين ، فهي بينهما كذلك ، وإن زاد بالعمل فالزيادة بينهما ، لأن عمل الغاصب زاد به في الثوب ، والصبغ ، وما عمله في المفصوب للمفصوب منه ، فإذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له ، وإن نقصت القيمة لتغير الأسعار لم يضمه الغاصب ، لما تقدّم ، وإن نقص لأجل العمل فهو على الغاصب ، لأنه متمدّ به ، فإذا صار قيمة الثوب مئة وبوغاً خمسة ، فهو كلّها لمالكه ، ولا شيء للغاصب ، لأن النقص حصل بعدوانه ، فكان عليه ، وإن صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما ، لصاحبه خمسة أسباعه ، ولصاحب الصبغ سبعة .

وإن زادت قيمة الثوب في السوق ، فصار يساوي سبعة ، ونقص الصبغ ، فصار يساوي ثلاثة ، وكانت قيمة الثوب مئوباً عشرة ، فهو بينهما : لصاحب الثوب سبعة ، ولصاحب الصبغ ثلاثة ، وإن ساوى اثني عشر قسّمت بينهما : لصاحب الثوب نصفها ، وخمسها ، وللغاصب خمسها ، وعشرها ، وإن

انعكس الحال ، فصار الثوب يساوى فى السوق ثلاثة ، والصبيغ سبعة انعكست القيمة ، فصار لصاحب الصبيغ ههنا ما كان لصاحب الثوب فى التى قبلها ، ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبيغ ، لأن زيادة السعر لا تضمن .

فإن أراد الفاضل قلع الصبيغ ، فقال أصحابنا : له ذلك ، سواء أضرّ بالثوب ، أو لم يضرّ ، ويضمنُ نقص الثوب ، إن نقص ، وبهذا قال الشافعى : لأنه عينُ ماله ، فلاك أخذه ، كما لو غرس فى أرض غيره ، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغهُ بالقلع ، وبين ما لا يهلك ، وينبى أن يقال : ما يهلك بالقلع لا يملك قلعهُ ، لأنه سَفَقٌ ، وظاهر كلام الخِرَقى أنه لا يُمكنُ من قلعهِ ، إذا تضرّر الثوب بقلعه ، لأنه قال فى المشتري : إذا بنى ، أو غرس فى الأرض المشفوعة ، فله أخذه ، إذا لم يكن فى أخذه ضرر ، وقال أبو حنيفة : ليس له أخذه ، لأن فيه إضراراً بالثوب المصوب ، فلم يملك منه ، كقطع خِرْقَةٍ منه ، وفارق قلع الفرس ، لأن الضرر قليلٌ يحصلُ به نفع قلع العروق من الأرض ، وإن اختار المصوبُ منه قلع الصبيغ ففيه وجهان :

أحدهما : يملك إجبار الفاضل عليه ، كما يملك إجباره على قلع شجرة . من أرضه ، وذلك لأنه شغل ملكه بملكه ، على وجه أمكن تخليصه ، فلزمه تخليصه ، وإن استقصر الفاضل ، كقلع الشجر ، وعلى الفاضل ضمانُ نقص الثوب ، وأجر القلع ، كما يضمن ذلك فى الأرض .

والثانى : لا يملك إجباره عليه ، ولا يملك من قلعهِ ، لأن الصبيغ يهلك بالاستخراج ، وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه ، بالبيع ، فلم يُجبر على قلعهِ ، كقلع الزرع من الأرض ، وفارق الشجر ، فإنه لا يتلف بالقلع ، قال القاضى : هذا ظاهرُ كلام أحد ، ولعله أخذ ذلك من قول أحد فى الزرع ، وهذا مخالف للزرع ، لأن له غايةً ينتهى إليها ، ولصاحب الأرض أخذه بنفقته ، فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه فى الحال ، بخلاف الصبيغ ، فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب ، فهو أشبه بالشجر فى الأرض .

ولا يختص وجوب القلع فى الشجر بما لا يتلف ، فإنه يُجبر على قلع ما يتلف ، وما لا يتلف ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

وإن بذل ربُّ الثوب قيمة الصبيغ للفاضل . لم يملكه ، لم يُجبر على قبوله ، لأنه إجبار على بيع ماله ، فلم يُجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفرس ، ويحتمل أن يجبر على ذلك ، إذا لم يقلعه ، قياساً على الشجر ، والبناء فى الأرض المشفوعة ، والعارية ، وفى الأرض المصوبة إذا لم يقلعه الفاضل ، ولأنه أمرٌ يرتفع به النزاع ، ويتخلص به أحدهما من صاحبه ، من غير ضرر ، فأجبر عليه ، كما ذكرنا ، وإن بذل الفاضل قيمة الثوب

لصاحبه ، لئلا يملكه لم يجبر على ذلك ، كالمو بذل صاحب الغراس قيمة الأرض للمالكها في هذه المواضع ، وإن وهب الغاصب الصبيغ للمالك الثوب ، فهل يلزمه قبوله ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه . لأن الصبيغ صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه .

الثاني : لا يجبر ، لأن الصبيغ عين يمكن إفرادها ، فلم يجبر على قبولها ، وظاهر كلام الخيرى . أنه يجبر ، لأنه قال في الصداق : إذا كان ثوباً ، فغصبه ، فبذلك له نصفه ، مصبوغاً لزمه قبوله ، وإن أراد المالك بيع الثوب ، وأبى الغاصب فله بيعه ، لأنه مملكه ، فلا يملك الغاصب منعه من بيع مملكه بعدوانه ، وإن أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه ، لأنه متعدٍ فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه ، بعدوانه ، ويحتمل أن يجبر ليحصل الغاصب إلى ثمن صبغه .

(القسم الثانى) أن يفسد ثوباً ، وصبغاً ، من واحد فيصبغه به ، فإن لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص ردّهما ولا شيء عليه ، وإن زادت القيمة فعلى المالك ، ولا شيء للغاصب ، ولأنه إنما له في الصبيغ أثر ، لا عين ، وإن نقصت بالصبيغ فعلى الغاصب ضمان النقص ، لأنه يتعدّ به ، وإن نقص لتغير الأسعار لم يضمنه .

(القسم الثالث) أن يفسد ثوب رجل ، وصبغ آخر ، فيصبغه به ، فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر ما لهما ، وإن زادت فالزيادة لهما ، وإن نقصت بالصبيغ فالضمان على الغاصب . ويكون النقص من صاحب الصبيغ لأنه تبدّد في الثوب . ويرجع به على الغاصب . وإن نقص لنقص سعر الثياب . أو سعر الصبيغ ، أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب . وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه . وإن أراد صاحب الصبيغ قلعه . أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكم ما لو صبغه الغاصب بصبيغ من عنده . على ما مرّ بيانه . وإن غصب عسلاً . ونشأ . وعقده خلّاء فحكم ما لو غصب ثوباً . فصبغه . على ما ذكر فيه .

الحكم الثانى : أنه متى كان للمفصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدّة مُقَامَةٍ في يديه ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب ، نصّ عليه أحمد في رواية الأثرم . وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن المنافع ، وهو الذى نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم ، عن أحمد ، فيمن غصب داراً ، فسكنها عشرين سنة : لا أجترىء أن أقول : عليه سُكْنَى ماسكن ، وهذا يدل على توقّعه عن إيجاب الأجر ، إلا أن أبا بكر قال : هذا قول قديم ، لأن محمد بن الحكم مات قبل أبى عبد الله بعشرين سنة ، واحتجّ من لم بوجب الأجر بقول النبى صلى الله عليه وسلم « الْخَرَجُ بِالْإِثْمَانِ » وضمانها على الغاصب ، ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ، ولا شبهة ملك ، فلم يضمنها ، كالزنا بامرأة مُطَاوَعَةٍ . ولنا : أن كلّ ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف ، كالأعيان ، ولأنه

أُتلف مُتَقَوِّمًا ، فوجب ضمّانه ، كالأعيان ، أو نقول : مالٌ مُتَقَوِّمٌ ، مَغْصُوبٌ ، فوجب ضمّانه ، كالعين .
فأما الخبز فوارد في البيع ، ولا يدخل فيه الغاصبُ . لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع : ولا يُشبهه
الزنا ، لأنها رَضِيَتْ بِاتِّلَافِ منافعها بغير عوض ، ولا عقد يقتضى العوض ، فكان بمنزلة من أعاره داره ،
ولو أكرهها عليه لزمه مهرُها . واختلافُ فيما له منافع تُستباح بمقد الإجارة ، كالعقار والثياب ،
والدواب ، ونحوها . فأما الغنم ، والشجر ، والطير ، ونحوها ، فلا شيء فيها . لأنه لا منافع لها يستحق
بها عوض .

ولو غصب جاريةً ، ولم يطأها ، ومضت عليها مدةٌ تُمكن الوطء فيها ، لم يضمن مهرها . لأن منافع
البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء ، بخلاف غيرها . ولأنها لا تُقدَّر بزمن ، فيكون مَضَى الزمان بتلفها ،
بخلاف المنفعة .

(فصل)

٣٩٣٥

إذا غصب طعامًا ، فأطعمه غيره ، فلما لك تضمين أيّهما شاء . لأن الغاصب حال بينه وبين ماله ، والآكلُ
أُتلف مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد ضامنه ، بغير إذن مالكه ، فإن كان الآكلُ عالمًا بالغصب
استقرّ الضمانُ عليه لكونه أُتلف مال غيره بغير إذن ، عالمًا من غير تغير ، فإذا ضمن الغاصبُ رجع
عليه . وإن ضمن الآكلُ لم يرجع على أحدٍ . وإن لم يعلم الآكلُ بالغصب نظرنا : فإن كان الغاصبُ قال
له : كله ، فإنه طعمى استقرّ الضمانُ عليه ، لاعترافه بأن الضمان باقٍ عليه . وأنه لا يلزم الآكلُ كل شيء .
وإن لم يقل ذلك فقيه روايتان :

إحداها : يستقرّ الضمان على الآكل ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في الجديد ، لأنه ضمن ما أُتلف ،
فلم يرجع به على أحد .

والثانية : يستقرّ الضمان على الغاصب . لأنه غَرَّ الآكل ، وأطعمه على أنه لا يضمنه ، وهذا ظاهر
كلام الخِرَاقِي ، لقوله في المشتري للأمة : يرجع بالمهر ، وكل ما غرم على الغاصب ، وأيهما استقرّ عليه
الضمانُ فغرمه لم يرجع على أحد . فإن غرمه صاحبه رجع عليه ، وإن أطعم المغصوب لمالكه ، فأكله عالمًا
أنه طعامه ، برئ الغاصبُ . وإن لم يعلم ، وقال له الغاصبُ : كله ، فإنه طعمى استقرّ الضمان على الغاصب ،
لما ذكرنا .

وإن كانت له بينه بأنه طعام المغصوب منه ، وإن لم يقل ذلك ، بل قدّمه إليه ، وقال : كله ، أو قال :
قدوهبتك إياه ، أو سكت ، فظاهر كلام أحد : أنه لا يبرأ ، لأنه قال في رواية الأثرم ، في رجل له قَبَل رجل
تَبعةٌ فأوصلها إليه على سبيل صدقةٍ ، أو هدية ، فلم يعلم ، فقال : كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية ، يقول له

هذا لك عندى . وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى . لأنه ثم رد إليه يده ، وسلطانة ، وههنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد ، والسلطان . فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد ، من أخذه ، وبيعه ، والصدقة به ، فلم يبرأ الغاصب ، كما لو علفه لدوابه ، وبخروج أن يبرأ ، بناء على ما مضى ، إذا أطعمه لغير مالكه ، فإنه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين ، فيبرأ ههنا بطريق الأولى ، وهذا مذهب أبي حنيفة .

وإن وهب المصوب للمالك ، أو أهداه إليه فالصحيح أنه يبرأ ، لأنه قد سلمه إليه تسليمًا صحيحًا تامًا ، وزالت يد الغاصب ، وكلام أحمد في رواية الأثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقّه على سبيل الهدية ، فأخذه المالك على هذا الوجه ، لا على سبيل العوض ، فلم تثبت المعارضة ، ومسألنا فيما إذا رد إليه عين ماله ، وأعاد يده التي أزالها .

وإن باعه إياه ، وسلمه إليه برىء من الضمان . لأنه قبضه بالاتباع يوجب الضمان . وإن أقرضه إياه برىء أيضًا ، لذلك ، وإن أعاره إياه برىء أيضًا ، لأن العارية توجب الضمان . وإن أودعه إياه ، أو آجره إياه ، أو رهنه ، أو أسلمه ، عنده ليقصره ، أو يعلمه ، لم يبرأ من الضمان ، إلا أن يكون عالمًا بالخال . لأنه لم يعد إليه سلطانه ، إنما قبضه على أنه أمانة . وقال بعض أصحابنا : يبرأ . لأنه عاد إلى يده ، وسلطانة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والأول أولى ، فإنه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ ، فههنا أولى .

(فصل)

٣٩٣٦

إذا اختلف المالك ، والغاصب في قيمة المصوب ، ولا يثبت لأحدهما فالقول قول الغاصب . لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة ، كما لو ادعى عليه دينًا ، فأقر ببعضه ، وكذلك إن قال المالك : كان كاتبًا أو له صناعة ، فأنكر الغاصب ، فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البيّنة بالصفة ثبتت . وإن قال الغاصب : كانت فيه سلعة ^(١) ، أو أصبع زائدة ، أو عيب ، فأنكر المالك ، فالقول قوله . لأن الأصل عدم ذلك ، والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال .

وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المصوب في وقت زيادته ، فقال المالك : زادت قبل تلفه ؛ وقال الغاصب : إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته .

(١) السلعة : بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ، وفتح السين واللام شيء كائنه في الجسد ، أو خراج في العنق أو زيادة في البدن تنحرك إذا حركت ، وحجمها يكون صغيراً كالحصاة ، وكبيراً حتى يصل إلى حجم البطيخة .

وإن شاهدنا العبد مَعِيًّا ، فقال الغاصبُ : كان مَعِيًّا قبل غصبه ؛ وقال المالكُ تعيَّب عندك ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم ؛ ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، وإن غصبه خمرًا ، ثم قال صاحبه : تخلَّل عندك ؛ وأنكر الغاصبُ فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاءه على ما كان وبراءة الذمة .

وإن اختلفا في ردِّ المغصوب ، أو ردِّ مثله أو قيمته ، فالقول قول المالك . لأن الأصل عدم ذلك ؛ واشتغال الذمة به ، وإن اختلفا في ثلغه فادعاه الغاصب ، وأنكره المالك ؛ فالقول قول الغاصب ؛ لأنه أعلم بذلك ، وتعمدُّ إقامة البيِّنة عليه ؛ فإذا حلف ، فللمالك المطالبة ببذله ، لأنه تعذَّر رد العين ؛ فلزم بذلها ؛ كما لو غصب عبداً ، فأبَقَ ، وقيل : ليس له المطالبة بالبدل . لأنه لا بدعيه .

وإن قال : غصبت مني حديثاً ، فقال : بل عتيقاً ، فالقول قول الغاصب . لأن الأصل عدم وجوب الحديث ، وللمالك المطالبة بالعتيق ، لأنه دون حقه .

(فصل)

٣٩٣٧

وإذا باع عبداً ، فادَّعى إنسان على البائع أنه غصبه العبد ، وأقام بذلك بيِّنة انتقض البيع ، ورجع المشتري على البائع بثمنه ، ون لم تكن بيِّنة ، فأقرَّ البائع والمشتري بذلك ، فهو كما لو قامت به بيِّنة ، وإن أقرَّ البائع وحده لم يقبل في حقَّ المشتري . لأنه لا يقبل إقراره في حقَّ غيره ، ولزمت البائع قيمته .

لأنه حال بيِّنه ، وبين ملكه ، ويقرُّ العبد في يد المشتري ، لأنه ملكه في الظاهر ، وللبائع إحلافه ، ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن ، فليس له مطالبة المشتري به ، لأنه لا بدعيه ، ويحتمل أن يملك مطالبة بأقلَّ الأمرين من الثمن أو قيمة العبد . لأنه يدَّعى القيمة على المشتري ، والمشتري يقرُّ له بالثمن ، فقد اتفقا على استحقاق أقلَّ الأمرين ، فوجب ، ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه ، كما لو قال : لي عليك ألف من ثمن مبيع ، فقال : بل ألف من قرَض .

وإن كان قد قبض الثمن ، فليس للمشتري استرجاعه . لأنه لا بدعيه ، ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ ، أو غيره ، وجب عليه ردُّه على مدَّعيه ، وله استرجاع ما أخذ منه .

وإن كان إقرار البائع في مدَّة الخيار له ، انفسخ البيع . لأنه يملك فسخه ، فقبل إقراره بما يفسخه .

وإن أقرَّ المشتري وحده ، لزمه ردُّ العبد ، ولم يقبل إقراره على البائع ، ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ، إن كان قبضه ، ويلزمه دفعه عليه ، إن كان لم يقبضه .

وإن أقام المشتري بيِّنة بما أقرَّ به قُبِلت ، وله الرجوع بالثمن ، وإن أقام البائع بيِّنة إذا كان هو المقرَّ نظرنَا : فإن كان في حال البيع قال : يملك عبدي هذا ، أو ملكي لم تقبل بيِّنته ، لأنه يكسبها ، وتكسبته ، وإن لم يكن قال ذلك قُبِلت ، لأنه يبيع مِلْكه ، وغير مِلْكه .

وإن أقام المدعى البيّنة سمعت ، ولا تقبل شهادة البائع له . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً .
وإن أنكره جميعاً فله إichلافهما ، إن لم تكن له بيّنة ، قال أحمد في رجل يجد سرّقة بعينها عند
إنسان ، قال : هو منك بأخذه ، أذهب إلى حديث سَمُرَةَ ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ وَجَدَ
مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَيَتَّبِعُ الْمُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ » رواه هُشَيْمٌ ، عن موسى بن السائب ، عن
قتادة ، عن الحسن ، عن سَمُرَةَ ، وموسى بن السائب ثقة .

(فصل)

٣٩٣٨

وإن كان المشتري أعتق العبد ، فأقرّ جميعاً لم يقبل ذلك ، وكان العبد حرّاً . لأنه قد تعلّق به حقٌّ
غيرهما ، فإن وافقهما العبد ، فقال القاضي : لا يقبل أيضاً . لأن الحرية يتعلّق بها حقّ الله تعالى ، ولهذا
لو شهد شاهدان بالتعق ، مع اتفاق السيّد والعبد على الرق سمعت شهادتهما .
ولو قال رجل : أنا حرّ ، ثم أقرّ بالرق لم يقبل إقراره ، وهذا مذهب الشافعيّ ، ويحتمل أن يبطل
المتعق ، إذا اتفقوا كلّهم ، ويعود العبد إلى المدعى ، لأنه مجهول النسب أقرّ بالرق لمن يدّعيه ، فصحّ ، كما
للم بعتقه المشتري .

ومضى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيّهما شاء قيمته يوم عتقه ، ثم إن ضمن البائع رجوع على المشتري .
لأنه أتلفه ، وإن رجوع على المشتري لم يرجع على البائع ، إلّا بالثمن . لأن التلف حصل منه ، فاستقرّ الضمان عليه .
وإن مات العبد وخلف مالا فهو للمدعى ، لا تقاومهم على أنه له ، وإلّا ما منعنا ردّ العبد إليه لتعلق
حقّ الحرية به ، إلّا أن يخلف وارثا ، فيأخذه ، ولا يثبت الولاء عليه لأحد ، لأنه لا يدّعيه أحد ، وإن
صدق المشتري البائع وحده رجوع عليه بقيمته ، ولم يرجع المشتري بالثمن ، وبقيّة الأقسام على ما مضى .

(فصل)

٣٩٣٩

وإذا باع عبداً أو وهبه ، ثم ادّعى أنّي فعلت ذلك قبل أن أملكه ، وقد ملكته الآن بميراث ،
أو هبة من مالكه فيلزمك ردّه على لأنّ البيع الأول ، والهبة باطلان ، وإن أقام بذلك بينه نظرت : فإن
كان قال حين البيع والهبة : هذا ملكي ، أو بعثك ملكي هذا ، وكان في ضمنه إقراراً بأنه ملكه ، نحو
أن يقول : قبضت ثمن ملكي ، أو أقبضته من ملكي ، ونحو ذلك لم تقبل البيّنة ، لأنه مكذّب لها ، وهي
تكذّبه ، وإن لم يكن كذلك قبلت الشهادة ، لأنّ الاذان يبيع ، ويهب ملكه ، وغير ملكه .

(فصل)

٣٩٤٠

إذا جنّى العبد المصوب جنابة أوجبّت اتصافه ، فأقص منه ، فغمانه على الغاصب ، لأنه قد تلف
في يديه ، فإن دُفِيَ عنه على ملّ اتفق ذلك برقبته ، وضمان ذلك على الغاصب ، لأنه نقص حدث في يده ،

فلزمه ضمانه ، لأنَّ ضمان العبد ، ونقصه على سيِّده ، ويضمنه بأقلِّ الأمرين ، من قيمته ، أو أرش جنابته ، كما يفديه سيِّده ، وإن جنى على مادون النفس ، مثل أن قطع يداً ، فقطعت يده قصاصاً ، فعلى الغاصب ما نقص العبدُ بذلك ، دون أرش اليد ، لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون ، فأشبهه ماله سقطت ، وإن عُنى عنه على مالٍ تعلق أرشُ اليد برقبته ، وعلى الغاصب أقلُّ الأمرين من قيمته ، أو أرش اليد ، فإن زادت جنابةُ العبد على قيمته ، ثمَّ إنه مات ، فعلى الغاصب قيمته ، يدفعها إلى سيِّده ، فإذا أخذها تعلق أرشُ الجنابة بها ، لأنها كانت متعلّقة بالعبد ، فتعلّقت ببذله ، كما أن الرهن إذا أُلغى مُتلف وجبت قيمته ، وتعلّق الدين بها ، فإذا أخذ وليُّ الجنابة القيمة من المالك رجع المالكُ على الغاصب بقيمةٍ أخرى ، لأنَّ القيمة التي أخذها استُحقّقت بسبب كان في يده الغاصب ، فكانت من ضمانه .

ولو كان العبد ودبةً ، فجنى جنابةً استغرقت قيمته ، ثمَّ إن المودّع قتله بعد ذلك ، وجبت عليه قيمته ، وتعلّق بها أرشُ الجنابة ، فإذا أخذها وليُّ الجنابة لم يرجع على المودّع ، لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ، ولو أنَّ العبد جنى في يد سيِّده جنابةً تستغرق قيمته ، ثمَّ غصبه غاصب ، فجنى في يده جنابةً تستغرق قيمته ، بيع في الجنابتين ، وقسّم ثمنه بينهما ، ورجع صاحبُ العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منها ، لأن الجنابة كانت في يده ، وكان المعجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني ، لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذ المعجنى عليه ثانياً ، فلا يتعلّق به حقّه ، ويتعلّق به حقّ الأول . لأنه بدلٌ عن قيمة الجاني ، لا يزاحم فيه ، فإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته ، تقسّم بينهما ، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ، لأنه ضامن للجنابة الثانية ، ويكون للمعجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٤١

قال ﴿ من أُلغى ذمّي خمرًا ، أو خنزيرًا ، فلا غرم عليه ، وينهى عن التعرّض لهم فيما لا يظهرونه ﴾ وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر ، والخنزير ، سواء كان مُتلفه مسلماً ، أو ذمّيّاً ، لمسلم أو ذمّيّ نصّ عليه أحمد في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهرّيق مسكراً لمسلم ، أو لذمّيّ خمرًا ، فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجب ضمانهما ، إذا أُلغى على ذمّيّ ، قال أبو حنيفة : إن كان مسلماً بالقيمة . وإن كان ذمّيّاً بالمثل . لأن عقد الذمة إذا عَصِمَ عيناً قوتها . كنفس الآدمي . وقد عَصِمَ خمرَ الذمّيّ . بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها . فيجب أن يقوّيها . ولأنها مالٌ لهم يَتَمَوَّلُونَهَا بدليل ما رَوَى عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه : إن أهل الذمة يهرّون بالعاشر^(١) . ومعهم

(١) العاشر : الذي يأخذ عشر المال في الزكاة ونحوها .

الخور . فكتب إليه عمر : ولوهم بيعها : وخذوا منهم عشر ثمنها . وإذا كانت مالا وجب ضمانها .
كسائر أموالهم .

ولنا أن جابرا روى : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أَلَا إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخُرِّ وَالْمَيْتَةِ ، وَالْخَنَزِيرِ ، وَالْأَصْنَامِ » متفق على صحته ، وما حرم بيعه لا حرمة ، لم تجب قيمته كالهيئة ، ولأن ما لم يكن مضمونا في حق المسلم لم يكن مضمونا في حق الذمي ، كالمرتدة ، ولأنها غير متقومة ، فلا تضمن كالهيئة ، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم ، فكذلك في حق الذمي ، فإن تحريمها ثبت في حقها ، وخطاب النواهي يتوجه إليهما ، فثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ، ولا نسلم أنها معصومة ، بل متى أظهرت حلت إراقته ثم لو عصمها ما لزم تقويمها ، فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم مَفْضُومُونَ غير مُتَقَوِّمِينَ ، وقولهم : إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد ، فانه مال عندهم ، وأما حديث عمر ، فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم ، وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم إذا تبايعوا : وتقاوضوا حكنا لهم بالملك ، ولم ننقضه ، ونسبها أثمانا مجاز ، كما سئى الله تعالى نمن يوسف ثمنا ، فقال (وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ) وأما قول الخرق : ويُنهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه ، فلأن كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه ، من الكفر ، وشرب الخمر ، واتخاذ ، ونكاح ذوات الحارم ، لا يجوز لنا التعرض لهم فيه ، إذا لم يظهروه ، لأننا التزمنا إفرارهم عليه . في دارنا ، فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم ، فإن كان خيرا جازت إراقته ، وإما أظهروا صليبا ، أو طنبورا^(١) جاز كسره ، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين .

(فصل)

٣٩٤٢

وإن غصب من ذمي خيرا لزمه ردّها ، لأنه ، يُقرّ على شربها ، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردّها وَوَجِبَتْ إراقته ، لأن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خيرا فأمره بإراقته ، وإن أتلفها ، أو تلفت عنده ، لم يلزمه ضمانها ، لأن ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ » ولأن ما حُرّم الانتفاع به لم يجب ضمانه ، كالهيئة ، والدم ، فإن أمسكها في يده حتى صارت خلا لزم ردّها على صاحبها ، لأنها صارت خلا على حكم ملكه ، فلزم ردّها إليه ، فإن تلفت ضمنها له ، لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب ، وإن أراقها فجمعها لإنسان ، فتخللت عنده لم يلزمه ردّها الخل ، لأنه أخذها بعد إتلافها ، وزوال اليد عنها .

(١) الطنبور آلة من آلات الغناء

٣٩٤٣

(فصل)

وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب ردّه ، لأنه يجوز الانتفاع به ، واقتناؤه فأشبهه المال ، وإن أنلفه لم يغرّمه ، وإن حبسه لم يلزمه أجر ، لأنه لا تجوز إجارته ، وإن غصب جلد ميتة ، فهل يجب ردّه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ ، فمن قال بطهارته أوجب ردّه لأنه يمكن إصلاحه ، فهو كاثوب النجس ، ومن قال : لا يطهر لم يوجب ردّه . لأنه لا سبيل إلى إصلاحه ، فإن أنلفه ، أو أنلف ميتة بجلدها ، لم يضمنه ، لأنه لا قيمة له ، بدليل أنه لا يحلّ بيعه ، وإن دبغه الغاصب لزم ردّه إن قلنا بطهارته ، لأنه كالخمر إذا تحلّت ، ويحتمل أن لا يجب ردّه لأنه صار مالا يفعله بخلاف الخمر ، وإن قلنا : لا يطهر لم يجب ردّه ، لأنه لا يباح الانتفاع به ، ويحتمل أن يجب ردّه ، إذا قلنا : يباح الانتفاع به في اليابسات ، لأنه نجس يباح الانتفاع به ، أشبه الكلب ، وكذلك قبل الدبغ .

٣٩٤٤

(فصل)

وإن كسر صليفاً ، أو مزمراً ، أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه ، وقال الشافعي : إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح ، وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً ، لأنه أنلف بالكسر ماله قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه ، وقال أبو حنيفة يضمن .

ولنا أنه لا يحلّ بيعه ، فلم يضمنه ، كالهيئة ، والدليل على أنه لا يحلّ بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « إِنْ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » متفق عليه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « بُعِثْتُ بِمَحْقِ الْقَيْنَاتِ وَالْمَعَارِفِ » .

٣٩٤٥

(فصل)

وإن كسر آنية من ذهب ، أو فضة ، لم يضمنها ، لأن اتخاذاً محرّماً ، وحكي أبو الخطاب رواية أخرى ، عن أحمد : أنه يضمن ، فإن منها نقل عنه فيمن هشم على غيره إبريقاً فضة . عليه قيمته . بصوغه كما كان ، قيل له : أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذاها ؟ فسكت ، والصحيح أنه لا ضمان عليه ، نص عليه أحمد في رواية المروزي ، فيمن كسر إبريق فضة لا ضمان عليه ، لأنه أنلف ماله ليس بمباح فلم يضمنه ، كالهيئة ، ورواية منها تدلّ على أنه رجع عن قوله ذلك ، لكونه سكت حين ذكر السائل تحريره ولأن في هذه الرواية أنه قال : بصوغه ، ولا يحلّ له صناعته ، فكيف يجب ذلك .

٣٩٤٦

(فصل)

وإن كسر آنية الخمر ففيها روايتان .

أحدهما : يضمنها . لأنه مال يمكن الانتفاع به ، ويحلّ بيعه ، فيضمنها ، كالوالم يكن فيها خمر ، ولأن جعل الخمر لا يقتضي سقوط ضمانها ، كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر .

والثانية : لا تضمن ، لما روى الإمام أحمد في مسنده « حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ ، عَنْ ضَمْرَةَ ابْنِ حَبِيبٍ ، قَالَ : قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ : أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ آتِيَهُ بِمُسْدِيَةٍ ، وَهِيَ الشَّفْرَةُ ، فَأَتَيْتُهُ بِهَا ، فَأَرْسَلَ بِهَا فَأَرْهَقَتْ ، ثُمَّ أَعْطَانِيهَا ، وَقَالَ « اغْدُ عَلَى بِهَا » ففعلتُ ، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة ، وفيها زقاقُ الحمر ، قد جُلِبَت من الشام ، فأخذ المُدِيَةَ مِنِّي فَشَقَّ مَا كَانَ مِنْ تِلْكَ الزَّقَاقِ . بحضرته ، كُلِّهَا ، وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ أَنْ يَمْضُوا مَعِي ، وَيُعَاوَنُونِي ، وَأَمَرَنِي أَنْ آتِيَ الْأَسْوَاقَ كُلِّهَا ، فَلَا أَجِدُ فِيهَا زِقَّ خَمْرٍ إِلَّا شَقَقْتُهُ ، ففعلتُ ، فلم أترك في أسواقها زِقًا إِلَّا شَقَقْتُهُ .

وروى عن أنس قال : كُنْتُ أُسْقِي أَبَا طَلْحَةَ ، وَأَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ ، وَأَبَا عُبَيْدَةَ شَرَابًا مِنْ فَضِيحٍ (١) فَأَتَانَا آتٍ فَقَالَ : إِنَّ الْخَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ . فَقَالَ أَبُو طَالِحَةَ : قُمْ يَا أَنَسُ إِلَى هَذِهِ الدَّائِنِ فَكَسِّرْهَا ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى سَقُوطِ حُرْمَتِهَا ، وَإِبَاحَةِ إِتْلَافِهَا ، فَلَا يَضُمُّهَا ، كَسَائِرِ الْمَبَاحَاتِ .

(فصل)

٣٩٤٧

ولا يثبت الغصب فيما ليس بمالٍ كالخمر ، فإنه لا يُضْمَن بالغصب ، إنما يُضْمَن بالإتلاف . وإن أخذ خمرًا خبسه ، فمات عنده لم يضمنه ، لأنه ليس بمالٍ . وإن استعمله مُكْرَهًا لزمه أجرٌ مثله ، لأنه استوفى منافعهُ ، وهى مُتَقَوِّمَةٌ ، فلزمه ضمانُها كمنافع العبد . وإن حبسه مدةً لمثلها أجرٌ ، ففيه وجهان : أحدهما : يلزمه أجر تلك المدة ، لأنه فوّت منفعة ، وهى مالٌ يجوز أخذ العَوَض عنها ، فضُمَّت بالغصب ، كمنافع العبد .

والثانى : لا يلزمه . لأنها تابعة لما لا يصحّ غصبه . فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه ، وأطرافه . ولأنها تلفت تحت يديه ، فلم يجب ضمانها ، كما ذكرنا ، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منفعه ، وجهها واحدًا . لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منفعه ، فالحرّ أولى ، ولو حبس الحرّ ، وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها ، لأنها تابعة لما لم تثبت اليدُ عليه في الغصب ، وسواء كان كبيراً أو صغيراً ، وهذا كله مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعى .

(فصل)

٣٩٤٨

وأما الولد مضمونة بالغصب ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا تُضمن . لأن أمّ الولد لا تجرى مجرى المال ، بدليل أنه لا يمتلّق بها حقُّ الغرماء ، فأشبهت الحرَّ . ولنا : أن ما يُضْمَن بالقيمة يُضْمَن بالغصب ، كالقِنِّ ، ولأنها مملوكة ، فأشبهت المدبرة ، وفارقت الحرّة فإنها ليست مملوكةً ، ولا تُضْمَن بالقيمة .

(١) الفضيخ : عصير العنب ، وشراب يتخذ من البسر المكسر ، والبسر هو البلح غير الرطب .

٣٩٤٩

(فصل)

وإذا فتح قفصاً على طائر ، فطار ، أو حلّ دابته ، فذهبت ضمنها ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا ضمان عليه ، إلا أن يكون أهاجها ، حتى ذهباً .

وقال أصحاب الشافعي : إن وقفنا بعد الحلّ ، والفتح ، ثم ذهباً لم يضمنهما ، وإن ذهباً عقيب ذلك ففيه قولان ، واحتجوا بأنّ لها اختياراً ، وقد وجدت منها المباشرة ، ومن الفاتح سبب غير ملجئ ، فإذا اجتماعاً لم يتعلق الضمان بالسبب ، كما لو حفر بئراً ، فجاء عبد لإنسان ، فرمى نفسه فيها .

ولنا : أنه ذهب بسبب فعله ، فلزمه الضمان ، كما لو نقره ، أو ذهب عقيب فتحه ، وحلّه ، والمباشرة إنّما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه ، فيسقط ، كما لو نقر الطائر ، وأهاج الدابة ، أو أشلى^(١) كلباً على صبيّ ، فقتله ، أو أطلق ناراً في متاع إنسان ، فإنّ للنار فعلاً ، لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ، ولأنّ الطائر ، وسائر الصيد من طبعه النفور ، وإنّما يبقى بالمانع ، فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه ، فكان ضمانه على من أزال المانع ، كمن قطع علاقة فتدبّل ، فوقع ، فانكسر . وهكذا لو حلّ قييد عبد . فذهب . أو أسير . فأفلت . وإن فتح القفص . وحلّ الفرس . قبقيا واقفين . فجاء إنسان . فنقرهما . فذهبا . فالضمان على منقرهما . لأن سببه أخص . فاختص الضمان به . كالدافع مع الحافر ، وإن وقع طائر إنسان على جدار . فنقره إنسان . فطار لم يضمنه . لأن تنفيره لم يكن سبب فواته . فإنه كان متمتعاً قبل ذلك . وإن رماه . فقتله ضمنه . وإن كان في داره . لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله . وكذلك لو سرّ الطائر في هواء داره فرماه . فقتله ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره . فهو كما لو رماه في هواء دار غيره .

٣٩٥٠

(فصل)

ولو حلّ زقاً فيه مائع ، فاندفق ضمنه ، سواء خرج في الحال ، أو خرج قليلاً قليلاً . أو خرج منه شيء ، بل أسفله . فسقط . أو نقل أحد جانبيه ، فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط ، بريح ، أو بزلزلة الأرض ، أو كان جامداً . فذاب بشمس ، لأنه تلف بسبب فعله . وقال القاضي : لا يضمن ، إذا سقط بريح . أو زلزلة . ويضمن فيما سوى ذلك . وهو قول أصحاب الشافعي . ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان . واحتجوا بأن فعله غير ملجئ . والمعنى الحادث مباشرة . فلم يتعلق الضمان بفعله . كما لو دفعه إنسان .

(١) أشلى كلباً : أغراه به .

ولنا : أن فعله سبب تلفه ، ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ، فوجب عايه الضمان ، كما لو خرج عقيب فعله ، أو مال قليلاً ، قليلاً ، وكما لو جرح إنساناً ، فأصابه الحر ، أو البرد ، فسرت الجنابة ، فإنه بضمن ، وأما إن دفعه إنسان ، فإن المتخلل بينهما مباشرة ، يمكن الإحالة عليها ، بخلاف مسألتنا ، ولو كان جامداً ، فأدنى منه آخر ناراً ، فإذا به ، فسال ، فالضمان على من أذابه ، لأن سببه أخص لكون التلف يعقبه ، فأشبهه المنقرع مع فائح النفس ، وقال بعض الشافعية : لا ضمان على واحد منهما ، كسارقين نقب أحدهما ، وأخرج آخر المتاع وهذا فسد . لأن مُدْنِي النار أُلْجَأَ إلى الخروج ، فضمنه ، كما لو كان واقفاً ، فدفعه ، والمسألة حجة عليه ، فإن الضمان على مخرج المتاع من الحرز ، والقطع حد لا يجب إلا يهتك الحرز ، وأخذ المال جميعاً ، ثم إن الحد يدراً بالشبهات ، بخلاف الضمان ، ولو أذابه أحدهما أولاً ، ثم فتح الثاني رأسه ، فاندفق ، فالضمان على الثاني ، لأن التلف تعقبه ، وإن فتح زِقاً مُسْتَعْلَى الرأس ، فخرج بعض ما فيه ، واستمرّ خروجه قليلاً قليلاً ، فجاء آخر فذكسه ، فاندفق ، فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكس ، وما قبله على النائح ، لأن فعل الثاني أخص كالجارح . والذابح .

(فصل)

٣٩٥١

وإن حلّ رباط سفينة فذهبت . أو غرقت . فعليه قيمتها . سواء تعقب فعله أو تراخى . والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص .

(فصل)

٣٩٥٢

وإذا أوقد في ملكه ناراً أو في مواتٍ ، فطار شرارة إلى دار جاره ، فأحرقها ، أو سقى أرضه فغزل الماء إلى أرض جاره فغرقها ، لم يضمن ، إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط ، لأنه غير متعمد ، ولأنها سرّاية فعل مباح ، فلم يضمن ، كسرّاية القود ، وفارق مَنْ حَلَّ زِقاً ، فاندفق ، لأنه مُتَعَمِّدٌ بَحَلِّه ، ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح ، وليس الغالب سرّاية هذا الفعل المعتقد إلى تلف مال غيره ، وإن كان ذلك بتفريط منه ، بأن أجيح ناراً تسرى في العادة ، لسكرتها ، أو في ربيع شديدة تحملها ، أو فتح ماء كثيراً يتعدى ، أو فتح الماء في أرض غيره ، أو أوقد في دار غيره ، ضمن ما تلف به ، وإن سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها ، والأرض التي الماء فيها ، لأنها سرّاية عدوان أشبهت سرّاية الجرح الذي تعدى به ، وإن أوقد ناراً ، فأبيست أغصان شجرة غيره ، ضمنها ، لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة ، إلا أن تكون الأغصان في هوائه ، فلا يضمنها ، لأن دخولها عليه غير مستحق ، فلا يمنع من التصرف في داره ، لحرمتها ، وهذا الفصل مذهب الشافعي ، كما ذكرنا سواء .

(فصل)

٣٩٥٣

وإن ألفت الربح إلى داره ثوب غيره ، لزمه حفظه ، لأنه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظه ، كالأقطة ، وإن لم يعرف صاحبه ، فهو لقطة ، تثبت فيه أحكامها ، وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه ، لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه ، من غير تعريف ، فصار كالغاصب ، وإن سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ، ولا إعلام صاحبه ، لأنه محفوظ بنفسه ، وإن دخل برجه ، فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه ، لأنه أمسك مال غيره بنفسه ، فهو كالغاصب ، وإلا فلا ضمان عليه ، لأنه يتصرف في برجه كيف شاء ، فلا يضمن مال غيره بقلقه ، ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه .

(فصل)

٣٩٥٤

إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ، ويد صاحبها عليها ، لكونه معها ، ضمن ، وإن لم يكن معها لم يضمن ما أكلته ، وإذا استعار من رجل بهيمته ، فأثلت شيئاً ، وهى في يد المستعير ، فضانته على المستعير ، سواء أثلت شيئاً للمالكها ، أو لغيره ، لأن ضمانه يجب باليد ، واليد للمستعير ، وإن كانت البهيمة في يد الراعى ، فأثلت زرعاً ، فالضمان على الراعى دون صاحبها ، لأن إتلافها للزرع في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها ، واليد للراعى دون المالك ، فكان الضمان عليه كالمستعير ، وإن كان الزرع للمالك ، فإن كان ليلاً ضمن أيضاً : لأن ضمان اليد أقوى ، بدليل أنه يضمن به في الليل ، والنهار جميعاً .

(فصل)

٣٩٥٥

إذا شهد بالغصب شاهدان ، فشهد أحدهما أنه غصبه يوم الخميس ، وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة ، لم تتم البيّنة ، وله أن يحلف مع أحدهما .

وان شهد أحدهما أنه أقر بالغصب يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقر ببعضه يوم الجمعة ، ثبتت البيّنة . لأن الإقرار وإن اختلف رجع إلى أمر واحد ، وإن شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة ، لم تثبت البيّنة أيضاً ، وإن شهد له واحد ، وحلف معه ثبت الغصب ، ولو كان الغاصب حلف بالطلاق ، أنه لم يفصيه لم نوقع طلاقه . لأن الشاهد واليمين بيّنة في المال ، لا في الطلاق : والله أعلم .

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصّة شريكه المنتقلة عنه ، من يد من انتقلت إليه ، وهي ثابتة بالسنة ، والاجماع . أما السنة : فما روى عن جابر رضى الله عنه ، قال : « قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ » . متفق عليه ، ولمسلم قال : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَرِكٍ لَمْ يُقَسِّمْ رُبْعَةً ^(١) أَوْ حَائِطٌ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وللبخاري : لِمِمَّا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ وَأَمَّا الإجماعُ : فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يُقاسم ، فيما بيع من أرض ، أو دار ، أو حائط . والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ، وتمسك من بيعه لشريكه ، وتخليصه مما كان بصدد من توقع الخلاص ، والاستخلاص ، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ، ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه ، وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك ، وباعه لأجنبي سَلَطَ الشرعُ الشريكَ على صرف ذلك إلى نفسه . ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم ، فإنه قال : لا تثبتُ الشفعة ، لأنّ في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك . فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستتزر المالك ، وهذا ليس بشيء ، لخالفته الآثار الثابتة ، والإجماع المنعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين .

أحدهما : أنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدم من يشتري منهم ، غير شركائهم ، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

الثاني أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يُقاسم ، فيسقط استحقاق الشفعة ، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج ، فإن الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه ، فبالشفعة يُضم المبيع إلى ملكه ، فيشفعه به . وقيل اشتقاقها من الزيادة ، لأن الشفع يزيد المبيع في ملكه .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٥٦

قال أبو القاسم ﴿ ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة ﴾

(١) الربرة بفتح الراء والباء والعين ، وبكسر الباء وسكونها مع فتح ما قبلها وما بعدها هي المنزل ، والحائط البستان .

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاء منه ، وإيجاب^(١) له على المعاوضة ، مع ما ذكره الأصم^(٢) لكن أثبتنا الشرع لمصاحبة راجعة ، فلا تثبت إلا بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون الملك مُشاعاً غير مقسوم ، فأما الجار ، فلا شفعة له . وبه قال عمر ، وعثمان ، وعمر ابن عبد العزيز ، وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، وأبو الزناد ، وربيعه ، والمغيرة بن عبد الرحمن ، ومالك ، والأوزاعي والشافعى ، وإسحق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال ابن شبرمة ، والثورى ، وابن أبى ايلي ، وأصحاب رأى : الشفعة بالشركة ، ثم بالشركة فى الطريق ، ثم بالجوار ، وقال أبو حنيفة : يقدم الشريك ، فإن لم يكن ، وكان الطريق مشتركاً ، كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب ، الأقرب ، فالأقرب . فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق ، من درب آخر خاصة ، وقال المنبرى وسوار : تثبت بالشركة فى المال ، وبالشركة فى الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بصفة^(٣) » رواه البخارى ، وأبو داود ، وروى الحسن عن ثمره : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار » رواه الترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه الترمذى فى حديث جابر « الجار أحق بداره بشفعة^(٤) » به إذا كان غائباً إذ كان طر يقهما واحداً » وقال : حديث حسن : ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد ، فتثبت الشفعة به ؛ كالشركة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة » وروى ابن جريج ؛ عن الزهرى ؛ عن سعيد بن المسيب ، - أو عن أبى سلمة ، أو عنهما - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها » ورواه أبو داود ، ولأن الشفعة تثبت فى موضع الوفاق ؛ على خلاف الأصل ، لمغنى معدوم فى محل النزاع ،

(١) الأسلوب الصحيح : أن تذكر الباء مع إيجاب ، يقال وإيجاب له ، لأنها إذا لم تذكر دخلت كلمة إيجاب فى حيز غير ، فيكون المعنى وبغير إيجاب ، وهو يناقى المراد . لأن المراد بغير رضاء مع إيجابه .

(٢) الصقب : بفتح الصاد والقاف ، القريب ، والقرب ، والمراد: الجار أحق بما يقرب منه من ملك جاره إذا أراد بيعه على استعمال المصدر فى اسم الفاعل ، أو الباء للسبب قربه .

فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك ، فيتأذى به ، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو يطلب الداخل المقاسمة ، فيدخل الضرر على الشريك ، بنقص قيمة ملكه ، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم .

فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة ، فإن الصَّقَبَ القُرْبُ . يقال بالسين ، والصاد .

قال الشاعر :

كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحَلَّتْهَا * لَا أُمُّ دَارَهَا وَلَا صَقَبٌ^(١)

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره ، وصلته ، وعيادته ، ونحو ذلك ، وخبرنا صريح ، صحيح ، فيقدم وبقيّة الأحاديث في أسانيدھا مقال ، لحديث سَمُرَةَ يرويه عنه الحسن ، ولم يسمع منه ، إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث ، قال ابن المنذر : الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث جابر الذي رَوَّبه ، وما عده من الأحاديث فيها مقال ، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك ، فإنه جار أيضاً ، ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً . قال الشاعر :

أَجَارَتْنَا بَيْنِي ، فَإِنَّكَ طَالِقَةٌ * كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادِرٌ وَطَارِقَةٌ^(٢)

قال الأعشى : وتسمى الصَّرَّتَانِ جارتين ، لاشتراكهما في الزوج ، قال حماد بن مالك : كنت بين جارتين لي ، ففصرت إحداهما الأخرى بمسطح^(٣) ، ففقتلتهما وجنبتهما ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون الطريق مفردة ، أو مشتركة . قال أحمد في رواية ابن القاسم ، في رجل له أرض تشربُ هي ، وأرضُ غيره من نهر واحد : فلا شفعة له من أجل الشرب ، إذا وقعت الحدودُ فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب ، وعبد الله ، ومثنى ، فيمن لا يرى الشفعة بالجوار ، وقدم إلى الحاكم ، فأنكر لم يخالف . إنما هو اختيار ، وقد اختلف الناس فيه . قال القاضي : إنما هذا لأن يمين المنكرهمنا على القطع ، والبت ، ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ، ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع ، لا على التحريم . لأنه يحكم ببطلان مذهب المخالف ، ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه ، وبين الله تعالى .

(١) نازح : بعيد : محلها . دارها ، أمم : الأمم القرب والصقب القرب أيضاً . فهو من عطف المرادف

(٢) بيني . ابعدى ، أو تطلق ، غاد . آت في وقت الصباح ، طارقة : آت في وقت المساء ، أى غادر روائح

(٣) المسطح عمود الحباء ، وهو خشبة غليظة متينة ينصب عليها الحباء .

٣٩٥٧

(فصل)

الشرط الثانى : أن يكون المبيع أرضاً ، لأنها التى تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض ، وهو البناء ، والغراس ، يُباع مع الأرض ، فإنه يؤخذ بالشفعة ، تبعاً للأرض ، بغير خلاف فى المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً . وقد دلّ عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة ، فى كل شرك لم يقسم ربعة ، أو حائط ، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار .

القسم الثانى : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ، ولا مفرداً . وهو الزرع ، والثمرة الظاهرة ، تُباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : يؤخذ ذلك بالشفعة ، مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة ، فيثبت فيه الشفعة تبعاً ، كالبناء ، والغراس .

ولنا : أنه لا يدخل فى البيع تبعاً ، فلا يؤخذ بالشفعة ، كقماش^(١) الدار ، وعكسه البناء والغراس . وتحقيقه : أن الشفعة بيع فى الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري ، فإن بيع الشجر ، وفيه ثمرة غير ظاهرة ، كاطلاع غير المؤبر دخل فى الشفعة ، لأنها تنزع فى البيع ، فأشبهت الغراس فى الأرض ، وأما ما بيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما يُنقل ، كالحيوان ، والثياب ، والسفن والحجارة ، والزرع ، والثمار ، أو لا يُنقل ، كالبناء ، والغراس إذا بيع مفرداً .

وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ، وروى عن الحسن ، والثورى ، والأوزاعى ، والعمري وقتادة ، وربيع ، وإسحاق : لا شفعة فى المنقولات ، واختلف عن مالك ، وعطاء ، فقالا مرةً كذلك ، ومرةً قالوا : الشفعة فى كل شيء حتى فى الثوب ، قال ابن أبى موسى : وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى : أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم ، كالحجارة ، والسيوف ، والحيوان ، وما فى معنى ذلك .

قال أبو الخطاب : وعن أحمد رواية أخرى : أن الشفعة تجب فى البناء ، والغراس ، وإن بيع مفرداً وهو قول مالك ، لعموم قوله عليه السلام «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ» ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر . وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ، ولأن ابن أبى ملىكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شَيْءٍ» .

ولنا : أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ» ، فإذا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصَرِفَتْ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ لا يتناول إلا ما ذكرناه ، وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض ، بدليل قوله «فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصَرِفَتْ الطَّرِيقُ» ولأن هذا مما لا يتبقى على الدوام ، فلا تجب فيه الشفعة ، كصبرة

(٢) قماش الدار (الستائر) التى على الأبواب والنوافذ ونحوها .

الطعام ، وحديثُ ابن أبي مُثَيْبَةَ مُرْسَلٌ ، لم يرد في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغَرَاف^(١) . والدَّوْلَابِ ، والناعورة ، كالحكم في البناء ، فأما إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض . فحكمها حكم مالا ينقسم من العقار ، ولأنَّ هذا مما لا ينقسم ، على ما سنذكره ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ، لأن القرار تابع لها ، فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيما تتبعها ، وإن بيعت حصَّةً من علو دار مشترك نظرت : فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو ، لأنه بناء مفرد ، وإن كان لصاحب العلو فكذلك ، لأنه بناء مفرد ، لكونه لا أرض له ، فهو كما لو لم يكن السقف له ، ويحتمل ثبوت الشفعة ، لأنَّ له قراراً فهو كالسفل .

(فصل)

٣٩٥٨

الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته ، فأما ما لا يمكن قسمته من العقار ، كالحمام الصغير ، والرحى الصغيرة ، والعُضَادَةُ^(٢) ، والطريق الضيقة ، والعِراض^(٣) الضيقة ، فمن أحد فيها روايتان : إحداهما : لا شفعة فيه ، وبه قال يحيى بن سعيد ، وربيعه ، والشافعي .

والثانية : فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، والثوري ، وابن مَرْجٍ ، وعن مالك كالروايتين ، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام « الشُّفْعَةُ فِيمَا يُنْقَسَمُ » وسائر الألفاظ العامة ، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر ، لأنه يتأبد ضرره ، والأول ظاهر المذهب ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . أنه قال : « لَا شُفْعَةَ فِي فِنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ ، وَلَا مَنَقَبَةٍ » والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رموس المسائل ، وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لَا شُفْعَةَ فِي بئر ، ولا فحل ، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ، وقد يتمتع المشتري لأجل الشفع ، فيقتصر البائع ، وقد يتمتع المبيع ، فتسقط الشفعة ، فيؤدى إثباتها إلى نفيها .

ويمكن أن يقال : إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة ، لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم ، وقولهم . إن الضرر ههنا أكثر لتأبده ، قلنا : إلا أن الضرر ، في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة ، فلا يمكن التعدية ، وفي الشفعة هم ناضرر غير موجود في محل الوفاق ، وهو ما ذكرناه ، فتمدّر الإلحاق ، فأما ما أمكن قسمته مما ذكرناه ، كالحمام الكبير ، الواسع

(١) الفرات : بفتح العين وتشديد الراء النهر الكثير الماء .

(٢) العضادة : ما يسد به حول الحوض والطريق من البناء .

(٣) العراض . جمع عرصه وهي فناء البيت ورجبته .

البيوت ، بحيث إذا قُسم لم يستضر بالقسمة ، وأمكن الانتفاع به حَتَامًا ، فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر ، والدور ، والعَضَائِدُ متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان ، كالْبُئْرِ ينقسمُ بئرين ، يرتقى الماءُ منهما ، وجبت الشفعة ، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض ، بحيث يحصل البئر في أحد النصبين ، وجبت الشفعة أيضًا ، لأنه يُمكن القسمة ، وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته ، بحيث يحصل الحجر في أحد القسمين ، أو كان فيها أربعة أحجار دائرة ، يمكن أن يفرد كل واحد منهما بحجرين ، وجبت للشفعة ، وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منهما ما لم يتمكن من إبقائها رحيًا ، لم تجب الشفعة .

فأما الطريق ، فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع ، أو دَرَبٌ نافذ ، فلا شفعة في تلك الدار ، ولا في الطريق ، لأنه لا شركة لأحد في ذلك ، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضًا ، لأن إثبات ذلك بضر بالمشتري ، لأن الدار تبقى لا طريق لها ، وإن كان للدار باب آخر يُسَقَطُ منه ، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ ، نظرنا في الطريق المبيع مع الدار : فإن كان ممرًا لا يمكن قسمته ، فلا شفعة فيه ، وإن كان يُمكن قسمته وجبت الشفعة فيه ، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، فوجب فيه الشفعة ، كغير الطريق ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ، لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر ، مع ما في الأخذ بالشفعة من نفوت صفقة المشتري ، وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض ، فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكًا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها ، والقول في دهايز الجار . وصَحَّحْنَاهُ ، كالقول في الطريق المملوك ، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته ، فذكر القاضى أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال ، لوجود المقتضى ، وعدم المانع ، والصحيح أنه لا شفعة فيه ، لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ، ولا يخلو من الضرر .

(فصل)

٣٩٥٩

الشرط الرابع : أن يكون شقصًا مُنْتَقَلًا بعوض ، وأما المُنْتَقَلُ بعير عوض ، كالهبة بغير ثواب ، والصدقة ، والوصية ، والإرث : فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وحُكِيَ عن مالك رواية أخرى في المنتقل يَهَبُهُ أو صدقة : أن فيه الشفعة ، وبأخذه الشفيع بقيمته ، وحُكِيَ ذلك عن ابن أبي ليلى ، لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالتمسك دون ضرر المشتري ، لأن إقدام المشتري على شراء الشقص ، وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه ، فانتزاعه منه أعظم ضررًا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه .

ولنا أنه انتقل بغير عوض ، أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر ورد فيه ، وليس غيره في معناه ، لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه ، ولا يمكن هذا في غيره ،

ولأن الشفيع يأخذ الشقص بشفيعه ، لا بقيمته ، وفي غيره يأخذه بقيمته ، فافترقا ، فأما المنتقل بعوض فيقسم قسمين :

أحدهما : ما عوّضه المال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف ، وهو في حديث جابر ، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع ، كالصالح بمعنى البيع ، والصالح عن الجنائيات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع ، وهذا منها ، وبه يقول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب ، حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض ، فأشبهت البيع بشرط الخيار .

ولنا : أنه يملكها بعوض هو مال ، فلم ينتقل إلى القبض في استحقاق الشفعة ، كالبيع : ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه ، وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق .

(القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشقص مهرأ ، أو عوّضاً في الخلع ، أو في الصلح عن دم العمد ، فظاهر كلام الخري أن لا شفعة فيه لأنه لم يقرض في جميع مسائله غير البيع ، وهذا قول أبي بكر ، وبه قال الحسن ، والشمسي وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، حكاه عنهم ابن المنذر ، واختاره ، وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة ، وبه قال ابن شبرمة ، والحرثي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ثم اختلف بم يأخذه ؟ فقال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى : يأخذ الشقص بقيمته ، قال القاضي : هو قياس قول ابن حامد ، لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب ، وأضررنا بالشفيع ، لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى ، لتسامح الناس فيه في العادة ، بخلاف البيع ، وقال الشريف أبو جعفر : قال ابن حامد . إن كان الشقص صداقاً أو عوّضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول المسكيني ، والشافعي لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بمرض ، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بهقد معاوضة ، فأشبهه البيع .

ولنا : أنه مملوك بغير مال ، أشبه الموهوب ، والموروث ، ولأنه ينقطع أخذه بمهر المثل ، لما ذكره مالك ، وبالقائمة لأنها ليست عوض الشقص ، فلا يجوز الأخذ بها ، كالموروث ، فيتعدّر أخذه ، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به ، فأشبهه الموهوب ، والموروث ، وفارق البيع ، فإنه أمكن الأخذ بعوضه ، فإن قلنا : إنه يؤخذ بالشفعة ، وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها ، لأنه

موجود في يدها ، بصفته ، وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته ، لأن مِلْكها زال عنه ، فهو كما لو باعته ، وإن طلق قبل علم الشفيع ، ثم علم ففيه وجهان :

أحدهما : حقّ الشفيع مقدّم ، لأنّ حقّه أسبق ، لأنه يثبت بالبيع ، وحقّ الزوج بالطلاق .
والثاني : حقّ الزوج أولى . لأنه ثبت بالنص ، والاجماع ، والشفعة ههنا لا نصّ فيها ، ولا إجماع ، فأما إن عفا الشفيع ، ثم طلق الزوج ، فرجع في نصف الشقص ، لم يستحقّ الشفيع الأخذ منه ، وكذلك إن جاء الفسخ من قبل المرأة ، فرجع الشقص كلّهُ إلى الزوج لم يستحقّ الشفيع أخذه ، لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد ، فلم يستحقّ به الشفيع ، كالرد بالعيب ، وكذلك كلّ فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد ، كرده بعيب ، أو مقابلة ، أو اختلاف المتبايعين ، أو رده لقَبْن ، وقد ذكرنا في الإقالة رواية أخرى : أنها بيعٌ ، فتثبت فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، فعلى هذا : لو لم يعلم الشفيع حتّى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء ، وإن عفا عن الشفعة في البيع ، ثمّ تقايلا ، فله الأخذُ بها .

(فصل)

٣٩٦٠

وإذا جنى جنابتين عمداً ، وخطأً ، فصالحه منهما على شقص ، فالشفعة في نصف الشقص ، دون باقيه ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهذا على الرواية التي نقول فيها : إن موجب العمد القصاص عينا ، وإن قلنا : موجبُه أحدُ شيئين ، وجبت الشفعة في الجميع ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة في الجميع ، لأن في الأخذ بها تبعض الصفقة ، على المشتري .

ولنا : أن ما قابل الخطأ عوض عن مال ، فوجبت فيه الشفعة ، كما لو انفرد ، ولأن الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة ، وما لا تجب فيه ، فوجبت فيما تجب فيه ، دون الآخر ، كما لو اشترى شقصاً ، وسيفاً ، وبهذا الأصل يبطل ما ذكره ، وقول أبي حنيفة أقيس . لأن في الشفعة تبعض الشقص على المشتري ، وربما لا يبقى منه إلّا ما لا نفع فيه ، فأشبه ما لو أراد أحدُ الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه ، بخلاف مسألة الشقص والسيف ، وأما إذا قلنا : إن الواجب أحدُ شيئين ، فباختياره الصلح سقط القصاص ، وتعيّنت الدية ، فكان الجميع عوضاً عن المال .

(فصل)

٣٩٦١

ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لها ، أو لأحدهما وحده ، أيهما كان ، وقال أبو الخطاب : يتخرّج أن تثبت الشفعة ، لأن المالك انتقل ، فتثبت الشفعة في مدة الخيار ، كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع ، أو لها لم تثبت الشفعة ، حتى ينقضي لأن في الأخذ بها

إسقاط حقّ البائع من الفسخ ، وإلزام البيع في حقه بغير رضائه ، ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ، ولم ينتقل الملك إليه ، وإن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه ، ولا حقّ لغيره فيه ، والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع ، واستقرار الملك ، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى ، وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، كما لو وجد به عيباً ، وللشافعي قولان كالْمذهبين .

ولنا : أنه مبني في الخيار ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان للبائع ، وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ، ويوجب العهدة عليه ، ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن ، فلم يجز ، كما لو كان الخيار للبائع ، فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع ، وتقويت حقّ الرجوع عليه في عين ما لها ، وهما في نظر الشرع على السواء ، وفارق الردّ بالعيب ، فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلّامة ، وذلك يزول بأخذ الشفيع ، فإن باع الشفيع حصّته في مدّة الخيار عالمًا ببيع الأول سقطت شفيعته ، وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الأول في الصحيح من المذهب ، وفي وجه آخر أنه يثبت للبائع ، بناءً على الملك في مدّة الخيار لمن هو منهما ، وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك ، وهو مذهب الشافعي ، لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة . ويتوجّه على تخريج أبي الخطاب أن لا تسقط شفيعته ، فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الأول ، وللمشتري الأول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه ، لأنه كان شريكاً للشفيع حين بيعه .

(فصل)

٣٩٦٢

وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة ، وثبوت الشفعة ، وسائر الأحكام إذا باع بثمن المثل ، سواء كان لوارث ، أو غير وارث ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ بيعُ المريض مرض الموت لوارثه ، لأنه محجور عليه في حقه ، فلم يصحّ بيعه ، كالصبي .

ولنا . أنه إنما حجر عليه في التبرّع في حقه ، فلم يمنع الصحة فيما سواه ، كالأجنبي إذا لم يزد على التبرّع بالثلث ، وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحّة غيره ، كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره ، والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمّته ، فأما بيعه بالحباية فلا يخلو : إما أن يكون لوارث ، أو لغيره ، فإن كان لوارث بطلت الحباية ، لأنها في المرض بمنزلة الوصيّة ، والوصيّة لوارث لا تجوز ، ويبطل البيع في قدر الحباية من المبيع ، وهل يصحّ فيما عداه ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يصحّ . لأن المشتري بذل الثمن في كلّ المبيع ، فلم يصحّ في بيعه ، كما لو قال : بعتك هذا الثوب بعشرة ، فقال : قبلتُ البيع في نصفه ، أو قال : قبلته بخمسة ، أو قال : قبلتُ نصفه بخمسة ، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه ، فلم يصحّ كتفريق الصفقة .

الثانى أنه يبطل البيع فى قدر المحاباة ، وبصح فيما يقابل الثمن المسمى ، والمشتري الخبار بين الأخذ ، والفسخ ، لأن الصفقة تفرقت عليه ، وللشفيع أخذ ما صحح البيع فيه ، وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة ، فاختصر بما يقابلها .

الثالث : أنه يصح فى الجميع ، ويقف على إجازة الورثة ، لأن الوصية للوارث صحيحة فى أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة ، فكذلك المحاباة له ، فإن أجازوا المحاباة صحح البيع فى الجميع ، ولا خيار للمشتري ، ويملك الشفيع الأخذ به ، لأنه يأخذ بالثمن ، وإن ردوا بطل البيع فى قدر المحاباة ، وصح فيما بقي ، ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة ، وردم ، لأن حقهم متعلق بالبيع ، فلم يملك إبطاله ، وله أخذ ما صحح البيع فيه ، وإن اختار المشتري الرد فى هذه الصورة ، وفى التى قبلها ، واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع ، لأنه لا ضرر على المشتري ، وجرى مجرى المغيب إذا رضيه الشفيع يعيبه .

القسم الثانى : إذا كان للمشتري أجنبياً ، والشفيع أجنبياً ، فإن لم تزد المحاباة على الثلث صحح البيع ، وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن ، لأن البيع حصل به ، فلا يمنع منها كون المبيع مستترخصاً ، وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة فى حق الوارث ، وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان .

أحدهما : له الأخذ بالشفعة ، لأن المحاباة وقعت لغيره ، فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها ، كما لو وهب غريم وارثة مالا ، فأخذه الوارث .

والثانى : يصح البيع ، ولا تجب الشفعة ، وهو قول أصحاب أبى حنيفة ، لأننا لو أثبتناها جعلناها للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه فى المحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث ، لأن استحقاق الوارث الأخذ بدبفه لا من جهة الهبة ، وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه . فافترقا ، ولأصحاب الشافعى فى هذا خمسة أوجه : وجهان كهذين .

والثالث : أن البيع باطل من أصله ، لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث ، وهذا فاسد . لأن الشفعة فرع للبيع ، ولا يبطل الأصل ببطلان فرع له ، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة ، إنما حصلت لغيره ، ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشتري ، فأشبهه هبة غريم الوارث .

الوجه الرابع : أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن ، بمنزلة هبة المقابل للمحاباة : لأن المحاباة بالنصف مثلاً هبة للنصف ، وهذا لا يصح . لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبى أخذ الكل . لأن الموهوب لا شفعة فيه .

الخامس : أن البيع يبطل في قدر المحاباة ، وهذا فاسد . لأنها محاباة لأجنبي بما دون الثلث ، فلا تبطل ، كما لو لم يكن الشقص مشفوعاً .

٣٩٦٣

(فصل — ل)

وإذا كان الشفع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه ، بأن يقول : قد أخذته بالثمن ، أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كان الثمن ، والشقص معلومين ، ولا يفتقر إلى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي ، وأبو الخطاب : يملكه بالمطالبة ، لأن البيع السابق سبب ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع ، انضم إليه القبول ، وقال أبو حنيفة : يحصل بحكم الحاكم ، لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهراً فافتقر إلى حكم الحاكم ، كأخذ دينه .

ولنا : أنه حق ثبت بالنص ، والإجماع فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب ، وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل ، وبأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، ولأنه مال يتملكه قهراً ، فملكه بالأخذ كالفنائم ، والمباحات ، وباللفظ الدال على الأخذ لأنه بيع في الحقيقة ، لكن الشفع يستقل به ، فانقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم : يملك بالمطالبة بمجرد لا يصح ، لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالمعفو بعد المطالبة ، ولو جب أنه إذا كان له شفعان ، فطالباً الشفعة ، ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا قال : قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد ، وهو عالم بقدره ، وبالمبيع صح الأخذ ، وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لأن الشقص يؤخذ قهراً ، والمقهور لا خيار له ، والأخذ قهراً لا خيار له أيضاً ، كستر جيع المبيع لعيب في ثمنه ، أو الثمن لعيب في المبيع ، وإن كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك ، لأنه بيع في الحقيقة ، فيعتبر العلم بالمعوضين ، كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ، ثم يترتب مقدار الثمن من المشتري ، أو من غيره ، والمبيع فيأخذه بثمنه ، ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص ، بناء على بيع الغائب .

٣٩٦٤

(فصل — ل)

وإذا أراد الشفع أخذ الشقص ، وكان في يد المشتري أخذه منه ، وإن كان في يد البائع أخذه منه ، وكان كأخذه من المشتري .

هذا قياس المذهب ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد ، فصار كما لو قبضه المشتري ، وقال القاضي : ليس له أخذه من البائع ، ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ، ثم يأخذه الشفع منه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب

الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري ، فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض ، ، فإذا فات القبض ، بطل العقد ، وسقطت الشفعة .

(فصل)

٣٩٦٥

وإذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر المشتري ففيه وجهان :

أحدهما : للشفيع الأخذ بالشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، والمزني .

والثاني : ليس له الأخذ بها ، ونهره الشريف أبو جعفر في مسائله ، وهو قول مالك ، وابن سريج ، لأن الشفعة فرع للبيع ، ولم يثبت ، فلا يثبت فرعه ، ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري ، وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ، ووجه الأول : أن البائع أقر بحقين : حق للشفيع وحق للمشتري ، فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع ، كما لو أقر بدار لرجلين ، فأنكر أحدهما ، ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار ، والشفيع يدعي ذلك ، فيوجب قبوله ، كما لو أقر أنها ملكه ، فعلى هذا يقبض الشفيع ، من البائع ، ويسلم إليه الثمن ، ويكون درك الشفيع على البائع ، لأن القبض منه ، ولم يثبت الشراء في حق المشتري ، وليس للشفيع ، ولا للبائع محاكمة المشتري ، ليثبت البيع في حقه ، وتسكون العهدة عليه ، لأن مقصود البائع الثمن ، وقد حصل من الشفيع ، ومقصود الشفيع أخذ الشقص ، وضمان العهدة ، وقد حصل من البائع ، فلا فائدة في المحاكمة .

فإن قيل . أليس لو ادعى على رجل ديناً ، فقال آخر : أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ، ولا تخاضمه لا يلزمه قبوله ، فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا : في الدين عليه منة في قبوله ، من غير غريمه ، وههنا بخلافه ، ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا المبيع ، فصار كالفائز عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالفائز عنه في دفع الشقص ، بخلاف الدين ، فإن كان البائع مقرراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد ، لأن البائع يقول : هو المشتري ، والمشتري يقول : لا أستحقه ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يقال للمشتري : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرئ منه .

والثاني : يأخذه الحاكم عنده .

والثالث : يبقى في ذمة الشفيع ، وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع ، أو المشتري دفع إليه ، لأنه لأحدهما وإن تداعياه جميعاً ، فأقر المشتري بالبيع ، وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً ، فهو للمشتري ، لأن البائع قد أقر له به ، ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن ، لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً ، إنما يستحقه على المشتري ، وقد أقر بالقبض منه ، وأما المشتري فإنه يدعيه ، وقد أقر له باستحقاقه ، فوجب دفعه إليه .

قال ﴿ ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالمبيع فلا شفعة له ﴾

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور ، إن طالب بها ساعة يعلم بالمبيع ، وإلا بطلت ، نص عليه أحد في رواية أبي طالب ، فقال : الشفعة بالمؤانية ساعة يعلم ، وهذا قول ابن شبرمة ، والبتي ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة ، والعنبري ، والشافعي في أحد قوليه ، وحكى عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخي ، لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو ، أو مطالبة بقسمة ، ونحو ذلك ، وهذا قول مالك ، وقول الشافعي ، إلا أن مالكا قال : تنقطع بمضي سنة ، وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير ، كحق القصاص ، وبيان عدم الضرر . أن النفع للمشتري باستقلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس ، أو بناء فله قيمته ، وحكى عن ابن أبي ليلى ، والثوري : أن الخيار مقدّر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعي . لأن الثلاث حدّ بها خيار الشرط ، فصلحت حدّاً لهذا الخيار . والله أعلم .

ولنا ما روى ابن السمان عن أبيه عن عمر . قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كحلّ العقال — وفي لفظ أنه قال — الشفعة كدسطة العقال إن قيدت كبعت ، وإن تركت فاللوم على من تركها » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال « الشفعة لمن وأبها » رواه الفقهاء في كتبهم ، لأنه خيار لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور ، كخيار الرد بالعيب ، ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري ، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ، ويمتنع من التصرف بعمارة ، خشية أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها ، مع تعب قلبه ، وبدنه فيها ، والتعديد بثلاثة أيام تحكّم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .

وإذا تقرّر هذا : فقال ابن حامد : يتقدّر الخيار بالجلس ، وهو قول أبي حنيفة ، فتي طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة ، وإن طال ، لأن المجلس كله في حكم حالة العقد ، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض . كالقبض حالة العقد .

وظاهر كلام الخرقى : أنه لا يتقدّر بالجلس ، بل متى بادر ، فطالب عقيب علمه ، وإلا بطلت شفيعته ، وهذا ظاهر كلام أحد ، وقول الشافعي ، لما ذكرنا من الخبر ، والمعنى ، وما ذكره يطل بخيار الرد بالعيب ، فعلى هذا : متى آخر المطالبة عن وقت العلم تغير عذر ، بطلت شفيعته ، وإن آخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح ، أو أشدة جوع ، أو عطش ، حتى يأكل ، ويشرب ، أو لطارة ، أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو يؤذن ، أو يقيم ، وينتفى بالعمالة ، وسنّها ، أو يشهدا في جماعة بخاف

فوتها ، لم تبطل شفعتها ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن اشتغاله ، فإن شفעתه تبطل بترك المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ، ولا تشغله المطالبة عنه ، فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ، أو يحرك دابته ، فلم يفعل ، ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه ، لأنه طلب بحكم العادة ، وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري ، فإذا لقيه بدأ السلام ، لأن ذلك السنة ، وقد جاء في حديث « مَنْ بَدَأَ بِالسَّلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ فَلَا تُجِيبُوهُ » ثم يطالب ، وإن قال بعد السلام : بارك الله لك في صفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ، ونحو ذلك لم تبطل شفעתه ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من جملة ، والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشقص يرجع إليه ، فلا يكون ذلك رضى ، وإن اشتغل بكلام آخر ، أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه ، لما قد منا .

(فصل)

٣٩٦٧

فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ، ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه ، سواء كان المخبر ممن يقبل خبره ، أو لا يقبل ، لأن العلم قد يحصل بمخبر من لا يقبل خبره ، لقرائن دالة على صدقه .
وإن قال : لم أصدقه ، وكان المخبر ممن يحكم بشهادته ، كرجلين عدلين بطلت شفעתه ، لأن قولها حجة تثبت بها الحقوق .

وإن كان ممن لا يعمل بقوله ، كالفاسق ، والصبي لم تبطل شفעתه .

وحكى عن أبي يوسف : أنها تسقط ، لأنه خبر يعمل به في الشرع في الإذن في دخول الدار ، وشبهه . فسقطت به الشفعة . كخبر العدل .

ولنا : أنه خبر لا يقبل في الشرع . فأشبه قول الطفل ، والمجنون ، وإن أخبره رجل عدل ، أو مستور الحال سقطت شفעתه ، ويحتمل أن لا تسقط ، وبروى هذا عن أبي حنيفة ، وزفر ، لأن الواحد لا تقوم به البيضة .

ولنا : أنه خير لا تعتبر فيه الشهادة . فقبل من العدل ، كالرواية ، والفقهاء ، وسائر الأخبار الدينية ، وفارق الشهادة ، فإنه يحتاط لها باللفظ ، والجلس ، وحضور المدعى عليه ، وإنكاره ، ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر ، وتوجب الحق عليه ، بخلاف هذا الخبر ، والمرأة في ذلك كالرجل ، والعبد كالحر ، وقال القاضى : هما كالفاسق ، والصبي ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن قولها لا يثبت به حق .

ولنا : أن هذا خبر ، وليس بشهادة ، فاستوى فيه الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والحر ، كالرواية ،

والأخبار الدينية ، والعبد من أهل الشهادة ، فيما عدا الحدود ، والقصاص ، وهذا مما عداها ، فأشبه الحر .

(فصل)

٣٩٦٨

إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به ، فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك . وبهذا قال الشافعي . وأصحاب الرأي ، ومالك . إلا أنه قال : بعد أن يحلف : ما ساءت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير ، وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة له ، لأنه سلم ورَضِيَ .

ولنا : أنه تركها للعذر ، فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير . ويرضاه بالقليل ، وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك ، كما لو تركها لعدم العلم . وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة . فبانت كثيرة ، أو أظهر أنها تبايعا بدنانير ، فبان أنها دراهم ، أو بدراهم ، فبانت دنانير ، وبهذا قال الشافعي ، وزفر ، وقال أبو حنيفة ، وصاحباها ، إن كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة ، لأنها كالجناس الواحد .

ولنا أنها جنسان ، فأشبهها الثياب ، والحيوان ، ولأنه قد يملك بالنقد الذي وقع به البيع ، دون ما أظهره ، فيتركه لعدم ملكه له ، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد ، فبان أنه اشتراه بعوض أو بعرض فبان أنه بنقد ، أو بنوع من العرض ، فبان أنه بغيره ، أو اشتراه مشتر ، فبان أنه اشتراه لغيره ، أو أظهر أنه اشتراه لغيره ، فبان أنه اشتراه له ، أو أنه اشتراه لإنسان ، فبان أنه اشتراه لغيره ، لأنه قد يرضى شركة إنسان ، دون غيره ، وقد يحبى إنساناً أو يخافه ، فيترك لذلك ، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو أنه اشترى نصفه بثمن ، فبان أنه اشترى جميعه . بضمفه ، أو أنه اشترى الشقص وحده ، فبان أنه اشتراه هو ، أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره ، فبان أنه اشتراه وحده ، لم تسقط الشفعة في جميع ذلك ، لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه ، دون ما أظهره ، فيترك لذلك ، فلم تسقط شفعته ، كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن ، فبان أقل منه ، فأما إن أظهر أنه اشتراه بثمن ، فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى به بعضه ، سقطت شفعته ، لأن الضرر فيما أبطنه أكثر ، فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره ، فالعذر أولى .

(فصل)

٣٩٦٩

وإن أقيم الشفيع في غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال : إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع ، أو المبيع ، أو لأخذ الشقص في موضع الشفعة ، سقطت شفعته ، لأن ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة ، فإنها لا تقف على تسليم الشقص ، ولا على حضور البلد الذي هو فيه ، وإن قال : نسيت ، فلم أذكر المطالبة ، أو نسيت البيع سقطت شفعته ، لأنها خيار على الفور ، فإذا أخره نسياناً بطل ، كالرد بالعيب ، وكما لو أمكنت المعلقة زوجها من وطئها نسياناً ، ويحتمل أن لا تسقط المطالبة ، لأنه تركها للعذر ، فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها ، وإن تركها جهلاً باستحقاقه لها بطات ، كالرد بالعيب .

٣٩٧٠

(فصل)

وإذا قال الشفيع المشتري : بعني ما اشتريت ، أو قاسمني بطلت شفيعته ، لأنه يدلّ على رضاه بشرائه ، وتركه للشفعة ، وإن قال : صالحني على مالي سقطت أيضاً وقال القاضي : لا تسقط ، لأنه لم يرض بإسقاطها ، وإنما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة .

ولنا أنه رضى بتركها ، وطلب عوضها ، فيثبت الترك المرضى به ، ولم يثبت العوض ، كما لو قال : بعني ، فلم يبعه ، ولأن ترك المطالبة بها كافٍ في سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . فإن صالحه عنها بعوض لم يصحّ ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقال مالك : يصحّ لأنه عوض عن إزالة ملك ، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأته أمرها .

ولنا : أنه خيار لا يسقط إلى مالٍ ، فلم يجوز أخذ العوض عنه ، كخيار الشرط ، ويبطل ما قاله بخيار الشرط ، وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بعوض ، وهما بخلافه .

٣٩٧١

(فصل)

وإن قال : أخذ نصف الشقص سقطت شفيعته ، وبهذا قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو يوسف : لا تسقط ، لأن طلبه ببيعها طلب بجميعها ، لا يكونها لا تتبعه ، ولا يجوز أخذ بعضها .

ولنا : أنه تارك لطلب بعضها ، فيسقط ، ويسقط باقيها ، لأنها لا تتبعه ، ولا يصحّ ما ذكره ، فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها ، وما لا يتبعه لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه ، كالنكاح ، ويخالف السقوط ، فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه ، كالطلاق والعقاق .

٣٩٧٢

(فصل)

وإن أخذ الشقص بثمن مغصوب ، ففيه وجهان : أحدهما : لا تسقط شفيعته ، لأنه بالعقد استحقّ الشقص بمثل ثمنه في الذمة ، فإذا عيّنه فيما لا يملكه سقط التعمين ، وبقي الاستحقاق في الذمة ، فأشبه ما لو أقر الثمن ، أو كالمشتري شيئاً آخر ، ونقد فيه ثمناً مغصوباً .

والثاني : تسقط شفيعته ، لأن أخذه للشقص بما لا يصحّ أخذه به ترك له ، وإعراض عنه ، فتسقط الشفعة ، كما لو ترك الطلب بها .

٣٩٧٣

(فصل)

ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالماً بذلك سقطت شفيعته ، لأنه لم يبق له ملك يستحقّ به ، ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه ففيه وجهان :

أحدها : تسقط أيضاً ، لأنها استرجعت بجميعه ، فإذا باع بعضه سقط ما تعلّق بذلك من استحقاق الشفعة ، فيسقط باقيها ، لأنها لا تنقبض ، فيسقط جميعها بسقوط بعضها ، كأنه كساح ، والرق ، وكما لو عفى عن بعضها .

والثاني : لا تسقط ، لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحقّ به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، والمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسألة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا : تسقط شفعة البائع الأول ، لأنه شريك في المبيع ، وإن قلنا : لا تسقط شفعة البائع ، فله أخذ الشقص من المشتري الأول ، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له الشفعة ، لأنه شريك ، فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه ، بجميع التصرفات ، ويستحقّ ثمنه ، وفوائده ، واستحقاق الشفعة به ، من فوائده .

والثاني . لا شفعة له . لأن ملكه يوجد بها ، فلا تؤخذ الشفعة به ، ولأن ملكه متزلزل ، ضعيف ، فلا يستحقّ الشفعة به ، لضعفه ، والأول أقيس . فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحقّ به الشفعة ، كالصداق قبل الدخول ، والشقص الموهوب للولد .

فعلى هذا . للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني ، سواء أخذ منه المبيع بالشفعة ، أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين ، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالمبيع الأول فقال القاضي : تسقط شفعته أيضاً ، لما ذكرناه ، ولأنه زال السبب الذي يستحقّ به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه ، فصار كمن اشترى معيباً ، فلم يعلم عيبه حتى زال ، أو حتى باعه ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه ، سواء فبا إذا باع جميعه ، أو بعضه .

وقال أبو الخطاب . لا تسقط شفعته ، لأنها ثبتت له ، ولم يوجد منه رضى بتركها ، ولا ما يدلّ على إسقاطها ، والأصل بقاءها ، فتبقى ، وفارق ما إذا علم ، فإن بيعه دليل على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الأول ، فإن عفى عنه ، فلم يشتري الأول الأخذ الشقص من المشتري الثاني ، وإن أخذ منه ، فهل للمشتري الأول الأخذ من الثاني ؟ على وجهين .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٧٤

قال ﴿ ومن كان غائباً وعلم بالمبيع في وقت قدومه فله الشفعة ، وإن طالت غيبته ﴾ .

وجملة ذلك . أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن شريح ، والحسن ، وعطاء ، وبه قال مالك ، والليث ، والثوري . والأوزاعي . والشافعي . والعنبري . وأصحاب الرأي .

وروى عن النخعي: ليس للعائب شفعة، وبه قال الحارث المكي، والبتى، إلا للعائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشتري، ويمنع من استقرار ملكه، وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه، فلم يثبت ذلك، كنهوته للحاضر على التراخي.

ولنا: عموم قوله عليه السلام «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ» وسائر الأحاديث، ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى العائب، فيثبت له، كالإرث، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع، فتثبت له الشفعة عند علمه، كالحاضر إذا كتم عنه البيع، والعائب غيبه قربة، وضرر المشتري يدفع بإيجاب القيمة له، كما في الصورة المذكورة.

إذا ثبت هذا: فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة، وإن طالت غيبته، لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال، فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه، كإرد العيب، ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر، في أنه إن طالب على الفور استحق، وإلا بطلت شفعته، وحكم المريض، والمحبوس، وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم العائب لما ذكرنا.

❖ مسألة ❖

٣٩٧٥

قال (وإن علم وهو في السفر فم يشهد على مطالبته فلا شفعة له).

ظاهر هذا أنه متى علم العائب بالبيع، وقدر على الإشهاد، وعلى المطالبة، فلم يفعل أن شفعته تسقط، سواء قدر على التوكيل، أو عجز عنه، أو سار عقيب العلم، أو أقام، وهو ظاهر كلام أحمد: في رواية أبي طالب في العائب له الشفعة إذا بلغه أشهد، وإلا فليس له شيء، وهو وجه للشافعي، والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد، لأنه ثبت عذره، فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك، فقبل قوله فيه.

ولنا: أنه قد يترك الطلب للعذر، وقد يسير لطلب الشفعة، وقد يسير لغيره، وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد، فإذا لم يفعل سقطت شفعته، كتارك الطلب مع حضوره، وقال القاضي: إن سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد. احتمال أن لا تبطل شفعته، لأن ظاهر سيره أنه للطلب، وهو قول أصحاب الرأي، والعنبري، وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الأجل بعد العلم قدر السير، فإن مضى الأجل قبل أن يبعث، أو يطلب بطلت شفعته، وقال العنبري: له مسافة الطريق ذاهباً، وجائياً، لأن عذره في ترك الطلب ظاهر، فلم يحتاج معه إلى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الخرقي: ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الإشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط، لأنه معذور في تركه، فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره،

أو لعدم العلم ، ومتى قدر على الإشهاد فأخّره كان كتأخير الطلب للشفعة : إن كان لعذر لم تسقط الشفعة ، وإن كان لعذر سقطت ، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ، ونائب عنه ، فيعتبر له ما يُعتبر للطلب ، ومن لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته ، كالصبي ، والمرأة ، والفاسق ، فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه ، لأن قولهم غير معتبر ، فلم يلزم إشهادهم ، كالأطفال ، والجانين .

وإن لم يجد من يُشّده إلاّ من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يُشهد ، فالأولى أن شفعته لا تبطل ، لأن إشهاده لا يفيد ، فأشبهه إشهاد من لا تقبل شهادته ، فإن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يُشهدهما . احتمل أن تبطل شفعته ، لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتزكية ، فأشبهها العدائين .

ويحتمل أن لا تبطل ، لأنه يحتاج في إثبات شهادتهما إلى كثرة ، وقد لا يقدر على ذلك ، فلا تقبل شهادتهما ، وإن أشهدهما لم تبطل شفعته ، سواء قبلت شهادتهما ، أو لم تقبل ، لأنه لم يمكنه أكثر من ذلك ، فأشبهه العاجز عن الإشهاد ، وكذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحد ، فأشبهه ، أو ترك إشهاده .

(فصل)

٣٩٧٦

إذا أشهد على المطالبة ، ثم آخر القدم مع إمكانه ، فظاهر كلام الخرق أن الشفعة بحالها ، وقال القاضى : تبطل شفعته ، وإن لم يقدر على المسير ، وقدر على التوكيل في طلبها ، فلم يفعل بطأت أيضاً ، لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه ، فسقطت ، كالحاضر ، أو كالمُشهد ، وهذا مذهب الشافعى ، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين :

أحدهما : لا تسقط شفعته . لأن له غرضاً بأن يطالب لنفسه ، لسكونه أقوم بذلك ، أو يخاف الضرر من جهة وكيله ، بأن يُقرّ عليه برشوة ، أو غير ذلك ، فيلزمه إقراره ، فكان معذوراً .

ولنا : أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه كلفته ، وقد يكون له حوائج ، وتجارة ، ينقطع عنها ، وتضييع بنيته ، والتوكيل إن كان يُجمل لزمه غرم ، وإن كان بغير جُمْلٍ لزمته مئة ، ويخاف الضرر من جهته ، فاكتمى بالإشهاد ، فأما إن ترك السفر لعجزه عنه ، أو لضرر يلحقه فيه ، لم تبطل شفعته ، وجهاً واحداً ، لأنه معذور ، فأشبهه من لم يعلم .

وإن لم يقدر على الإشهاد ، وأمكنه السفر ، أو التوكيل ، فلم يفعل بطأت شفعته ، لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه ، من غير وجود ما يقوم مقام الطلب ، فسقطت ، كما لو كان حاضراً .

(فصل)

٣٩٧٧

ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة ، كالصداع اليسير ، والألم القليل ، فهو كالصحيح ، وإن

كان مرضاً يمنع الطالبة ، كالحصى ، وأشباهاها ، فهو كالفائب في الإسهاد ، والنوكيل . وأما المحبوس : فإن كان محبوساً ظاهراً ، أو بدين لا يمكنه أدائه ، فهو كالمرضى ، فإن كان محبوساً بحق يلزمه أدائه ، وهو قادر عليه ، فهو كالمطلق : إن لم يبادر إلى الطالبة ، ولم يوكل فيها بطلت شفيعته ، لأنه تركها مع القدرة عليها .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٧٨

قال ﴿ فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر ، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ، فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه ، والثالث على الثاني ﴾

وجملة ذلك : أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع ، أو قبل علمه ، فتصرفه صحيح ، لأنه ملكه ، وصح قبضه له ، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً ، لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة ، وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه ، فمضى تصرفه فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة ، مثل أن باعه فالشفيع بالخيار . إن شاء فسخ البيع الثاني ، وأخذه بالمبيع الأول بثمنه ، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري ، وإن شاء أمضى تصرفه ، وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني ، لأنه شفيع في العقدين ، فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وإن تباع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ بالمبيع بالمبيع الأول ، وينسخ العقدان الآخرين ، وله أن يأخذه بالثاني ، وينسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث . ولا يفسخ شيء من العقود .

فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ، ولم يرجع على أحد ، لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به ، وإن أخذ من الثاني دفع إليه الثمن الذي اشترى به ، ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انسخ عقده ، وأخذ الشقص منه ، فيرجع بثمنه على الثاني ، لأنه أخذه منه .

وإن أخذ بالمبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به ، وانسخ عقد الآخرين ، ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ، ورجع الثاني على الأول بما أعطاه .

فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ، ثم اشتراه الثاني بعشرين ، ثم اشتراه الثالث بثلاثين ، فأخذه بالمبيع الأول دفع إلى الأول عشرة ، وأخذ الثاني من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين ، لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث ، لكونه في يده ، وقد انسخ عقده ، فيرجع بثمنه الذي ورثه ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك ، والشافعي ، والعنبري ، وأصحاب الرأي .

وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة ، فهو كالمبيع فيما ذكرنا ، وإن كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالمهبة ، والوقف ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٩٧٩

(فصل)

وإن تصرف المشتري في الشئقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف ، والهبة ، والرهن ، وجعله مسجداً ، فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف ، وبأخذه بالثمن الذي وقع البيع به ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني ، والثالث ، مع إمكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حق الشفيع أسبق ، وجنبته أقوى ، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه ، ولا يمنع أن يبطل الوقف ، لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء ، والورثة ، فيما زاد على ثلثه ، بل لهم إطال العتق ، فالوقف أولى .

وقال القاضي : المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد ، وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف ، والهبة ، وحكى ذلك عن الماسر جسي في الوقف ، لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً .

وقال ابن أبي موسى : من اشترى داراً ، فجعلها مسجداً ، فقد استهلكها ، ولا شفعة فيها ، ولأن في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له ، والموقوف عليه ، لأن ملكه يزوله عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر ، بخلاف البيع ، فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه ، فلا يلحقه ضرر ، ولأن ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض إلى غير المالك ، وسلبه عن المالك .

فإذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام ، وإن قلنا بثبوتها ، فإن الشفيع يأخذ الشئقص ممن هو في يده ، ويفسخ عقده ، ويدفع الثمن إلى المشتري ، وحكى عن مالك : أنه يكون للموهوب له ، لأنه يأخذ ملكه وإننا : أن الشفيع يبطل الهبة ، وبأخذ الشئقص بحكم العقد الأول ، ولو لم يكن وهب كان الثمن له ، كذلك بعد الهبة المفسوخة .

٣٩٨٠

(فصل)

فإن جعله صداقاً ، أو عوضاً في خلع ، أو صلح عن دم عمد ، انبنى ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة . فإن قابل البائع المشتري ، أو رده عليه بعيب ، فللشفيع فسخ الإقالة ، والرد ، والأخذ بالشفعة . لأن حقه سابق عليهما ، ولا يمكنه الأخذ معهما ، وإن تحالفا على الثمن ، وفسخا البيع ، فللشفيع أن يأخذ الشئقص بما حلف عليه البائع . لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك . فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك ، وله أن يبطل فسخهما ، وبأخذ ، لأن حقه أسبق .

(٣٢ م - الف - خامس)

اشترى الشئقص بثمن في الذمة ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة . لأن البيع صحيح ، فإن

٣٩٨١

(فصل)

وإن اشترى شقصاً بعبد ، ثم وجد بائعُ الشَّقصِ بالعبد عيباً ، فله ردُّ العبد ؛ واسترجاع الشَّقص ، وبقدّم على حقّ الشفيع . لأن في تقديم حقّ الشفيع إضراراً بالبائع ، بإسقاط حقّه من الفسخ الذى استحقّه ، والشفعة لا تثبت لإزالة الضرر ، فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر . فإن الضرر لا يزال بالضرر .

وقال أصحاب الشافعى في أحد الوجهين : بقدّم حقّ الشفيع . لأن حقّه أسبق ، فوجب تقديمه ، كما لو وجد المشتري بالشَّقص عيباً ؛ فردّه .

ولنا ، أن في الشفعة إبطال حقّ البائع ، وحقّه أسبق ، لأنه استند إلى وجود العيب ، وهو موجود حال البيع ، والشفعة ثبتت بالبيع ، فكان حقّ البائع سابقاً ، وفي الشفعة إبطاله ، فلم تثبت ، ويُفارق ما إذا كان الشَّقص معيباً ، فإن حقّ المشتري إنّما هو في استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع ، فلا فائدة في الردّ .

وفي مسألتنا : حقّ البائع في استرجاع الشَّقص ، ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة ، فافترقا .

فإن لم يردّ البائعُ العبد المعيب حقّ أخذ الشفيع ، كان له ردّ العبد ؛ ولم يملك استرجاع المبيع . لأن الشفيع ملكه بالأخذ ، فلم يملك البائع إبطال ملكه ، كما لو باعه المشتري لأجنبي ، فإن الشفعة بيع في الحقيقة ، ولكن يرجع بقيمة الشَّقص ، لأنه بمنزلة التالف ، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد ، فهل يتراجمان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يتراجمان . لأن الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد ، وهو قيمة العبد صحيحاً ، لا عيب فيه ، بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك ردّه ، ويحتمل أن يأخذه بقيمة معيباً ، لأنه إنّما أعطى عبداً معيباً ، فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى .

والثانى : يتراجمان . لأن الشفيع إنّما يأخذ بالثمن الذى استقرّ عليه العقد ، والذى استقرّ عليه العقد قيمة الشَّقص .

فإذا قلنا : يتراجمان ، فأيهما كان مادفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وإن لم يردّ البائع العبد ، ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء . لأنه إنّما دفع إليه قيمة العبد غير معيب .

وإن أدّى قيمته معيباً رجع المشتري عليه بما أدّى من أرشه ، وإن عفا عنه ، ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء . لأن البيع لازم من جهة المشتري ، لا يملك فسخه ، فأشبه ما لو حطّ عنه بعض الثمن

بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشَّصَص إلى المشتري ببيع ، أو هبة ، أو إرث . أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول . لأن ملك المشتري زال عنه . وانقطع حقه منه . وانتقل حقه إلى القيمة . فإذا أخذها لم يبق له حقٌ يخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على ردّه . فأدّى قيمته ، ثم قدر عليه . فإنه يرده . لأن ملك المصوب لم يزُل عنه .

(فصل)

٣٩٨٢

ولو كان ثمن الشقص مكيلاً . أو موزوناً . فتناف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة . لأنه تعذر التسليم . فتعذر إتمام العقد فلم تثبت الشفعة ، كما لو فسخ البيع في مدّة الخيار ، بخلاف الإقالة . والردّ بالعيب ، وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسألة التي قبلها . لأن لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه ، فأشبهه مالهو اشتراه منه أجنبي :

(فصل)

٣٩٨٣

وإن اشترى شقصاً بعبد ، أو ثمن مُعَيّن ، فخرج مستحقّاً ، فالبيع باطل ، ولا شفعة فيه ، لأنها إنما تثبت في عقد يُنقلُ الملك إلى المشتري ، وهو العقد الصحيح ، فأما الباطل فوجوده كعدمه . فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه ردّ ما أخذ على البائع ، ولا يثبت ذلك إلا ببيعة أو إفراز من الشفيع ، والمتبايعين . فإن أقرّ المتبايعان ، وأنكر الشفيع لم يُقبل قولهما عليه ، وله الأخذ بالشفعة ، ويردّ العبد على صاحبه ، ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص .

وإن أقرّ الشفيع ، والمشتري دون البائع . لم تثبت الشفعة ، ووجب على المشتري ردّ قيمة العبد على صاحبه ، ويبقى الشقص معه ، يرغم أنه للبائع ، والبائع ينكره ، ويدعى عليه وجوب ردّ العبد ، والبائع ينكره ، فيشتري الشقص منه ، ويتبارآن .

وإن أقرّ الشفيع ، والبائع ، وأنكر المشتري وجب على البائع ردّ العبد على صاحبه ، ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء . لأن البيع صحيح في الظاهر ، وقد أدّى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر وإن أقرّ الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ، ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حقّ المتبايعين . فأما إن اشترى الشقص بثمن في الدّمة ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحقّاً كانت الشفعة واجبة . لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره ، أو غيره ، فللبائع فسخ البيع ، وبقدّم حقّ الشفيع . لأن الأخذ بها يُحصل للمشتري ما يوفيه ثمناً ، فتزول عُسرته ، ويحصل الجمع بين الحقّين ، فكان أولى .

(فصل)

٣٩٨٤

وإذا وجبت الشفعة ، وقضى القاضي بها ، والشقص في يد البائع ، ودفع الثمن إلى المشتري ، فقال البائع

للشفيع : أقرنى . فأقاله ، لم نصح الإفاة . لأنها نصح بين المتبايعين ، وليس بين الشفيع والبائع بيع ، وإنما هو مشتر من المشتري ، فإن باعه إتياء صحح البيع ، لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٨٥

قال ﴿ وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء ، منهم الحسن ، رطاء ، ومالك ، والأوزاعي والشافعي ، وسوار ، والعمري ، وأصحاب الرأي ، وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة له ، وروى ذلك عن النخعي ، والحارث العكلي لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ ، لما فيه من الإضرار بالمشتري ، وليس للولي الأخذ . لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ . ولنا عموم الأحاديث ، ولأنه خيار جمل لإزالة الضرر عن المال ، فيثبت في حق الصبي ، كخيار الرد بالعيب . وقولهم : لا يمكن الأخذ غير صحيح ، فإن الولي ، يأخذ بها ، كما يرد العيب . وقولهم : لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها ، وبالرد بالعيب ، فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ، ويمكنه الرد . ولأن في الأخذ تحصيلاً للملك للصبي ، ونظراً له ، وفي العفو تضییع ، وتفریط في حقه ، ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضییع . ولأن العفو إسقاط لحقه ، والأخذ استيفاء له ، ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه ، بدليل سائر حقوقه ، وديونه . وإن لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي ، كما ينتظر قدوم الغائب ، وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب .

إذا ثبت هذا : فإن ظاهر قول الخرقي : أن للصغير إذا كبر الأخذ بها ، سواء عفا عنها الولي ، أو لم يعف ، وسواء كان الحظ في الأخذ بها ، أو في تركها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، في رواية ابن منصور : له الشفعة إذا بلغ ، فاختر ، ولم يفرق ، وهذا قول الأوزاعي ، وزفر ، ومحمد بن الحسن ، وحكاة بعض أصحاب الشافعي عنه . لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء كان له الحظ فيها ، أو لم يكن ، فلم يسقط بترك غيره ، كالفائب إذا ترك وكيله الأخذ بها .

وقال أبو عبدالله بن حامد : إن تركها الولي لحظ الصبي ، أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي . لأن الولي فعل ماله فعله ، فلم يحز للصبي نقضه ، كالرد بالعيب ، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي ، فصح ، كالأخذ مع الحظ ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقط .

وقال أبو حنيفة : تسقط بعفو الولي عنها في الحالين ، لأن من ملك الأخذ بها ملك العفو عنها ، كالملك وخالفه أصحابه في هذا ، لأنه أسقط حقاً للولي عليه ، لاحظ له في إسقاطه ، فلم يصح ، كالإبراء ، وإسقاط خيار الرد بالعيب .

ولا يصح قياس الولي على المالك ، لأن المالك التبرع ، والإبراء ، وما لاحظ له فيه بخلاف الولي .

(فصل)

٣٩٨٦

فأما الولي فإن كان للصبي حظاً في الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً ، أو بشمن المثل ، وللصبي مال اشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة ، لأن عليه الاحتياط له ، والأخذ بما فيه الحظ ، فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ، ولم يملك نقضه بعد البلوغ ، في قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال الأوزاعي : ليس للولي الأخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها ، فلا يملك الأخذ بها ، كالأجنبي ، وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر ، ولا يصح هذا ، لأنه خيار جبر لإزالة الضرر عن المال ، فملكه الولي في حق الصبي ، كالد بالعب ، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى ، فإن تركها الولي مع الحظ للصبي الأخذ بها ، إذا كبر ، ولا يلزم الولي لذلك غرم ، لأنه لم يفوت شيئاً من ماله ، وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه ، فأشبهه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ في شرائه ، وإن كان الحظ في تركها ، مثل أن يكون المشتري قد غُبن أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ، ويرهن مال الصبي فليس له الأخذ ، لأنه لا يملك فعل ما لاحظ للصبي فيه ، فإن أخذ فهل يصح ؟ على روايتين .

إحداها : لا يصح ، ويكون باقياً على ملك المشتري ، لأنه اشترى له مالاً يملك شراءه ، فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل ، أو اشترى معيباً يعلم عيبه ، ولا يملك الولي المبيع ، لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ، ولا شركة للولي ، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح ، فأشبهه ما لو تزوج لغيره ، بغير إذنه ، فإنه يقع باطلاً ، ولا يصح لواحد منهما ، كذا ههنا ، وهذا مذهب الشافعي .

والرواية الثانية : يصح الأخذ للصبي . لأنه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح ، كما لو اشترى معيباً لا يعلم عيبه ، والحظ يختلف ، ويخفى فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل ، لزيادة قيمة ملكه ، والشفعة الذي يشتره بزوال الشركة ، أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير ، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه ، خلفائه ، ولا بكثرة الثمن ، لما ذكرناه . فسقط اعتباره ، وصح المبيع .

(فصل)

٣٩٨٧

وإذا باع وصي الأيتام ، فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر ، كان له الأخذ للآخر بالشفعة . لأنه كالشراء له ، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه ، لم يكن له الأخذ لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة ، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة . إذا كان له الحظ فيها . لأن التهمة تنتمي ، فإنه لا يمارى في الزيادة في ثمنه . اكون المشتري لا يوافق . ولأن الثمن حاصل له من

المشتري . كحصوله من اليتيم . بخلاف بيعه مال اليتيم . فإنه يمكنه تقليل الثمن . ليأخذ الشقص به . فإذا رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فلوصى بالأخذ حينئذ . لعدم التهمة . وإن كان مكان الوصى أب . فباع شقص الصبي . فله أن يأخذه بالشفعة . لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده . لعدم التهمة . وإن بيع شقص في شركة خَلٍ . لم يكن لولايته أن يأخذ له بالشفعة ، لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية . وإذا ولد الحمل . ثم كبر . فله الأخذ بالشفعة . كالصبي إذا كبر .

٣٩٨٨

(فصل)

وإذا عفا ولي الصبي عن شفעתه التي له فيها حظ ، ثم أراد الأخذ بها ، فله ذلك في قياس المذهب ، لأنها لم تسقط بإسقاطه ، ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها ، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها ، لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي ، وذلك على خلاف الخبر ، والمعنى ، ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر ، لأن الحق يتجدد له عند كبره ، فلا يملك تأخيرها حينئذ ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم ، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ، ثم أراد الأخذ بها ، والأمر على ما كان لم يملك ذلك ، كما لم يملكه ابتداءً ، وإن صار فيها حظاً أو كان معسراً عند البيع ، فأيسر بعد ذلك أن يبي ذلك على سقوطها بذلك ، فإن قلنا : لا تسقط ، وللصبي الأخذ بها إذا كبر ، فحكم ما فيه الحظ ، وإن قلنا : تسقط ، فليس له الأخذ بها بحال ، لأنها قد سقطت على الإطلاق ، فأشبهه مالو عفا الكبير عن شفעתه .

٣٩٨٩

(فصل)

والحكم في الجنون المطبق ، كالحكم في الصبي سواء ، لأنه محجور عايه لحظه ، وكذلك السفهه لذلك ، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه ، وحكمه حكم الغائب ، والجنون ، ينتظر إفاقته ، وأما الفاس فله الأخذ بالشفعة ، والعفو عنها ، وإيس لفرمائه الأخذ بها لأن الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ، ولا إجباره على الأخذ بها ، لأنها معاوضة ، فلا يجبر عليها ، كسائر المعاوضات ، وإيس لهم إجباره على العفو ، لأنه إسقاط حق فلا يجبر عليه ، وسواء كان له حظ في الأخذ بها ، أو لم يكن ، لأنه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته ، لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها ، لتعلق حقوقهم ماله ، فأشبهه مالو اشتري في ذمته شقصاً غير هذا ، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلق حقوق الفرمان به ، سواء أخذه برضاه أو بغيره ، لأنه مال له ، فأشبهه مالو اكتسبه .

وأما المكاتب فله الأخذ ، والترك ، وليس لسيده الاعتراض عليه ، لأن التصرف يقع له دون سيده ، فاما المأذون له في التجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة ، لأنه مأذون له في الشراء ، وإن عفا عنه لم ينفذ عفو ،

لأن الملك لسيده ، ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وإن أسقطها السيد سقطت ، ولم يكن للعبد أن يأخذ ، لأن لسيده الحجر عليه ، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه ، فيسقط إسقاطه .

(فصل)

٣٩٩٠

وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة ، فللعامل الأخذ بها ، إذا كان الحظ فيها ، فإن تركها فرب المال الأخذ ، لأن مال المضاربة ملكه ، ولا ينفذ عفو العامل ، لأن الملك لغيره ، فلم ينفذ عفو ، كالأذن له ، وإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا في شركة رب المال ، فهل رب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة ، وقد ذكرناهما .

وإن كان المضارب شقيقه ، ولا ربح في المال فله الأخذ بها ، لأن الملك لغيره ، وإن كان فيه ربح ، قلنا : لا يملك بالظهور ، فكذلك ، وإن قلنا : يملك بالظهور ففيه وجهان ، كرب المال ، ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا .

فإن باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة ، لأنه منهم ، فأشبهه شراءه من نفسه .

(فصل)

٣٩٩١

ولا شفعة بشركة الوقف ، ذكره القاضيان : ابن أبي موسى ، وأبو يعلى ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة ، فلا تجب فيه ، كالجاور ، وغير النقسم ، ولأننا إن قلنا : هو غير مملوك . فالوقوف عليه غير مالك ، وإن قلنا : هو مملوك ، فلكه غير تام لأنه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة ، فلا يملك به مملوكا تاما .

وقال أبو الخطاب : إن قلنا : هو مملوك وجبت به الشفعة ، لأنه مملوك بيع في شركته شقص ، فوجبت به الشفعة كالطلاق ، ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلاق فوجبت فيه ، كوجودها في الطلاق ، وإنما لم يستحق بالشفعة ، لأن الأخذ بها بيع ، وهو مما لا يجوز بيعه .

﴿سأله﴾

٣٩٩٢

قال ﴿وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه ، فله ذلك ، إذ لم يكن في أخذه ضرر﴾

وجملته : أنه يتصور بناء المشتري ، وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل :

(منها) : أن يظهر المشتري أنه وهب له ، أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه ، أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها ، فيتركها ، ويقاسمه ، ثم يبنى المشتري ، ويغرس فيه .

(ومنها) أن يكون غائباً ، فيقاسمه وكيله ، أو صغيراً فيقاسمه وليه ، ونحو ذلك ، ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير ، فيأخذ بالشفعة ، وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً ، فطالب المشتري الحاكم بالقسمة ، فقسام ، ثم قدم الغائب ، وباع الصغير ، فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري ، وبناءه ، فإن للمشتري قلع غرسه ، وبناءه ، إن اختار ذلك ، لأنه ملكه ، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ، ولا نقص الأرض ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي لأنه غرس ، وبني في ملكه ، وما حدث النقص إنما حدث في ملكه ، وذلك مما يقابله ثمن .

وظاهر كلام الخِرَقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ، لأنه اشترط في قلع الغرس ، والبناء عدم الضرر ، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره ، لأجل تخليص ملكه ، فلزمه ضمانه ، كما لو كسر نخبة غيره ، لإخراج ديفاره منها ، وقولهم : إن النقص حصل في ملكه ليس كذلك ، فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع ، فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس ، والبناء ، فلا يضمنه ، لما ذكره .

فإن لم يختَر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة ، وبين دفع قيمة الغراس ، والبناء ، فيملكه مع الأرض ، وبين قلع الغرس ، والبناء ، ويضمن له ما نقص بالقلع ، وبهذا قال الشعبي والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، والليث ، والشافعي ، والبيهقي وسوار ، وإسحاق ، وقال حماد ابن أبي سليمان ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، يكلف المشتري القلع ، ولا شيء له ، لأنه بني فيما استحق غيره أخذه ، فأشبهه الغاصب ؛ ولأنه بني في حق غيره بغير إذنه ؛ فأشبهه سائلو بابت مستحقة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك . ولأنه بني في ملكه الذي تملك بيعة ، فلم يكلف قلعه مع الإضرار ، كما لو لم يكن مشفوعاً ، وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه بني في ملك غيره ، ولأنه عرق ظالم ، وليس لعرق ظالم حق بخلاف ، مسألنا ، فإنه غير ظالم ، فيكون له حق .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الأرض ، لأنه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوعاً ، لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً لملك قلعه ، ولم يضمن شيئاً ، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه ، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة ، فالظاهر أن الأرض تقوم وفيها الغراس ، والبناء ، ثم تقوم خالية منهما ، فيكون ما بينهما قيمة الغرس ، والبناء ، فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب ، أو ما نقص منه إن اختار القلع ، لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس ، والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء . مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة ، إذا امتنع من قلعه ، فإن كان للغرس وقت يقطع فيه ، فيكون له قيمة ، وإن قلع قبله لم يكن له قيمة ، أو تكون قيمته قليلةً فاختر الشفيع قلعه قبل وقته ، فله ذلك ، لأنه يضمن النقص ، فيجبر

به ضرر المشتري ، سواء كثر النقص ، أو قلّ ، ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع ، وقد رضى باحتماله .

وإن غرس أو بنى مع الشفيع ، أو وكيله في المَشاع ، ثم أخذه الشفيع ، فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة .

(فصل)

٣٩٩٣

وإن زرع في الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ، ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد . لأن ضرره لا يتباقى ، ولا أجرة عليه ، لأنه زرعه في ملكه ، ولأن الشفيع اشتري الأرض وفيها زرع للبائع ، فكان له مَبْقَى إلى الحصاد ، بلا أجرة ، كغير الشفوع ، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر ، أثمر في ملك المشتري ، فهو له مَبْقَى إلى الجَذَاذ ، كالزراع .

(فصل)

٣٩٩٤

وإذا نَمَى المبيع في يد المشتري ، لم يخل من حالين .
أحدهما : أن يكون نماء متصلاً ، كاشجر إذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة ، فإن الشفيع يأخذه بزيادته ، لأن هذه زيادة غير متميزة ، فتبعت الأصل ، كما لو ردّ بعيب ، أو خيار ، أو إقالة .
فإن قيل : فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا : لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين ، وفي مسائلنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة ، فلم يسقط حقه من لأصل لأجل ما حدث من البائع ، وإذا أخذ الأصل تبعه نماءه المتصل ، كما ذكرنا في الفسوخ كلها .

الحال الثاني : أن تكون الزيادة منفصلة ، كالغلة ، والأجرة ، والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة ، فهي للمشتري ، لا حق للشفيع فيها ، لأنها حدثت في ملكه ، وتكون للمشتري مَبْقَاة في رؤوس النخل إلى الجَذَاذ . لأن أخذ الشفيع من المشتري شراءً ، فيكون حكمه حكم ما لو اشتري برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر ، فأبره ، ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ، ويأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ، كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً .

(فصل)

٣٩٩٥

وإن تلف الشئ من ، أو بعضه في يد المشتري ، فهو من ضمانه . لأنه ملكه تلف في يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى ، أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري ، كمنهضه للبناء ، أو بغير اختياره ، مثل أن يهدم ، ثم إن (٣٣ م - المفق - حاس)

كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العَرَصَةِ بالحَصَّة ، وإن كانت معدومة أخذ العَرَصَةِ ، وما بقي من البناء .

وهذا ظاهر كلام أحمد في ورواية ابن القاسم ، وهذا قول الثوري ، والعنبري ، وأبي يوسف ، وقول الشافعي .

وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه ، أو حريق ، أو غرق ؛ فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن ؛ أو يترك ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقول الشافعي ، لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري ، فلا يتضرر ، ومتى كان بعير ذلك لم يرجع إليه شيء ، فيكون الأخذ منه إضراراً به ، والضرر لا يزال بالضرر .

ولنا : أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع ، وقدر على أخذ البعض ، فكان له بالحصة من الثمن ، كما لو تلف بفعل آدمي سواء ، أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو تقول ، أخذ بعض ما دخل معه في العقد ، فأخذه بالحصة ، كما لو كان معه سيف .

وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ، ولا صنع للشفيع فيه ، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه ، فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا : يأخذ الأنقاض ، وإن كانت منفصلة . لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع . وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال ، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤثرة إذا تأثرت . فإن مآلها إلى الانفصال ، والظهور ، فإذا ظهرت فقد انفصلت . فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع . مثل أن انشق الحائط . واستهدم البناء . وسقط الشجر . وبارت الأرض . فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن ، أو الترك ، لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن : بخلاف الأعيان . ولهذا قلنا : لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بفائه . ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

﴿ مسألة ﴾

٣٩٩٦

قال ﴿ وإن كان الشراء وقع بعين ، أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته ﴾

وجملته : أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد ، لما روى في حديث جابر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « هُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ » رواه أبو إسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع ، فكان مستحقاً له بالثمن ، كالمشتري .

فإن قيل : إن الشفيع استحقَّ أخذه بغير رضى مالكه ، فينبغى أن يأخذه بقيمته ، كالمضطرَّ يأخذ طعام غيره ، قلنا : المضطرُّ استحقَّ أخذه بسبب حاجة خاصة ، فكان الرجوع في بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقَّه لأجل البيع ، ولهذا لو انتقل بهبة ، أو ميراث لم يستحقَّ الشفعة ، وإذا استحقَّ ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع .

إذا ثبت هذا : فإننا ننظر في الثمن ، فإن كان دنائير ، أو دراهم ، أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لا مثل له ، كالثياب ، والحيوان ، فإن الشفيع يستحقَّ الشقص بقيمة الثمن ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول أصحاب الرأى ، والشافعى ، وحكى عن الحسن ، وسوار : أن الشفعة لا تجب ههنا . لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا لا مثل له ، فتعذر الأخذ ، فلم يجب ، كما لو جهل الثمن .

ولنا : أنه أحد نوعى الثمن ، فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع ، كالثلثى ، وما ذكره لا يصح . لأن المثل يكون من طريق الصورة ، ومن طريق القيمة ، كبديل المتلف ، فأما إن كان الثمن من التلقيات غير الأثمان ، كالحبوب ، والأدهان ، فقال أصحابنا : يأخذه الشفيع بمثله . لأنه من ذوات الأمثال ، فهو كالأثمان ، وبه يقول أصحاب الرأى ، وأصحاب الشافعى . ولأن هذا مثل من طريق الصورة ، والقيمة ، فكان أولى من المائل في إحداها . ولأن الواجب بدل الثمن ، فكان مثله ، كبديل القرض ، والمتلف .

(فصل)

٣٩٩٧

وباستحقَّ الشفيع الشقص بالثمن الذى استقرَّ عليه العقد ، فلو تباعنا بقدر ، ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة ، أو نقص ، ثبت ذلك التغيير في حقَّ الشفيع . لأن حقَّ الشفيع إنما يثبت إذا تمَّ العقد ، وإنما يستحقَّ بالثمن الذى هو ثابت ، حال استحقاقه ، ولأنَّ زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه ، لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كان في حال العقد ، فأما إذا انقضى الخيار ، وانبرم العقد ، فزادا ، أو نقصا لم يلحق بالعقد . لأن الزيادة بعده هبة ، باعتبار لها شروط الهبة ، والنقص إبراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك في حقَّ الشفيع ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة : يثبت النقص في حقَّ الشفيع ، دون الزيادة ، وإن كانا عنده يلحقان بالعقد . لأن الزيادة تضرَّ الشفيع ، فلم يملكها ، بخلاف النقص ، وقال مالك : إن بقى ما يكون ثمناً أخذه به ، وإن حطَّ الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول .

ولنا : أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد ، فلم يثبت في حقَّ الشفيع ، كالزيادة . ولأن الشفيع استحقَّ الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير ، فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه ، كالزيادة . وما ذكره من العذر غير صحيح . لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع ، وإن أضرَّ به ، كالزيادة في مدة الخيار ، ولأنه حطَّ بعد لزوم العقد . فأشبه حطَّ الجميع ، أو الأكثر عند مالك .

٣٩٩٨

(فصل)

وإن كان الثمن مما تجب قيمته ، فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ، ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة ، والنقص ، وإن كان فيه خيار اعتمدت القيمة حين انقضاء الخيار ، واستقرار العقد ، لأنه حين استحقاق الشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك : أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة ، وليس بصحيح . لأن وقت الاستحقاق وقت العقد ، وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع ، فلا يقوّم المشتري ، وما نقص من مال البائع ، فلا ينقص به حق المشتري .

٣٩٩٩

(فصل)

وإذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفيع بذلك الأجل ، إن كان مليئاً ، وإلا أقام ضماناً مليئاً ، وأخذ ، وبه قال مالك ، وعبد الملك ، وإسحاق ، وقال الثوري : لا يأخذها إلا بالنقد حالاً ، وقال أبو حنيفة : لا يأخذها إلا بضمن حالٍ أو ينتظر مضي الأجل ، ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ، ومذهب أبي حنيفة ، لأنه لا يمكنه الأخذ بالمؤجل ، لأنه يُفَضَّى إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع ، والذم لا تقبائل ، وإنما يأخذ بمثله ، ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ، ولا بسبعة بمثل الثمن إلى الأجل ، لأنه إنما يأخذ بمثل الثمن ، أو القيمة ، والسلعة ليست واحدة منها ، فلم يبق إلا التخيير .

ولنا : أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن ، وصفته ، والتأجيل من صفاته ، ولأن في الحلول زيادة على التأجيل ، فلم يلزم الشفيع ، كزيادة القدر ، وما ذكره من اختلاف الذم ، فإننا لا نوجبها ، حتى توجد الملاءة في الشفيع ، أو في ضميمه ، بحيث يتحفظ المال ، فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك ، كما لو اشترى الشفيع بساعة ، وجهت قيمتها ، ولا يضر اختلافهما ، ومتى أخذ الشفيع بالأجل ، فمات الشفيع ، أو المشتري ، وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه . لأن سبب حلوله الموت ، فاختص بمن وجد في حقه .

٤٠٠٠

(فصل)

وإذا باع شقصاً مشفوعاً ، ومعه ما لا شفعة فيه ، كالسيف ، والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن ، دون ما معه ، فيقوّم كل واحدٍ منهما ، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، فما يخص الشقص يأخذه الشفيع ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة ، لئلا تنبعض صفقة المشتري ، وفي ذلك إضرار به . فأشبهه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص ، وقال مالك . ثبتت الشفعة فيها لذلك .

ولنا : أن السيف لا شفعة فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة ، فلم يؤخذ بالشفعة ، كما لو أفرد ،

يلحق المشتري من الضرر فهو الحق به بنفسه ، بجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة ، وما لا تثبت ، ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضاً ، لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ، ففي أخذه منه لإضرار به من غير سبب يقتضيه .

(فصل) ٤٠٠١

وإذا باع شقصين من أرضين صنفقة واحدة ، لرجل واحد ، والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر ، فلها أن يأخذا ، ويقسما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ، ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج أنه لا شفعة له ، كالمسألة التي قبلها ، وليس له أخذهما معاً ، لأن أحدهما لا شركة له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة ، فجري مجرى الشقص ، والسيف .

وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما ، وتركهما ، لأنه شريك فيهما . وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما ، لأنه أمكنه أخذ المبيع كله ، فلم يملك أخذ بعضه ، كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب ، وبعض أصحاب الشافعي .

ولنا : أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر ، فجري مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب — إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته — أن يكون للآخر أخذ الكل ، والأمر بخلافه .

(فصل) ٤٠٠٢

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ، لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ، ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً ، أو ضميناً ، لم يلزم المشتري قبوله ، لأن في تأخير الثمن ضرراً ، فلم يلزم المشتري ذلك ، كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله ، لأنها معاوضة لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن ، فإذا كان موجوداً سلمه ، وإن تعذر في الحال ، قال أحمد في رواية حرب : 'يُنظَرُ الشفيع يوماً أو يومين ، بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك .

وقال ابن شبرمة ، وأصحاب الشافعي : 'ينظر ثلاثاً ، لأنها آخر حد القلة ، فإن أحضر الثمن ، وإلا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : لا يأخذ بالشفعة ، ولا يقضى القاضي بها حتى يحضر الثمن ، لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري ، فلا يستحق ذلك إلا لإحضار عوضه ، كتسليم المبيع .

ولنا : أنه تملك للمبيع بمعوض ، فلا يقف على إحضار العوض ، كالبيع ، وأما التسليم في البيع

فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الأخذ بغير اختيار المشتري بدل على قوته ، فلا يمنع من اعتباره في الصحة ، فإذا أجلناه مدة ، فأحضر الثمن فيها ، وإلا فسخ الحاكم الأخذ ، وردّه إلى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ .

والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم ، لأنه فات شرط الأخذ ، ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن ، فملك الفسخ ، كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم ، فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم ، كفسخ غيرها من البيوع ، وكالرد بالعيب ، ولأن وقف ذلك على الحاكم يُفرض إلى الضرر بالمشتري ، لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدّعيه ، وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم ، لبعده ، أو غير ذلك ، فلا يُشرع فيها ما يُفرض إلى الضرر ، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد إحضار الثمن ، لثلاث يُفرض إلى هذا الضرر ، وإن أفلس الشفيع خیر المشتري بين الفسخ ، وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن ، كالبائع ، إذا أفلس المشتري .

(فصل —)

٤٠٠٣

لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد ، وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة ، فقال : لا يجوز شيء من الحيل ، في ذلك ، ولا في إبطال حق مسلم . وبهذا قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، وابن أبي شيبة ، وأبو إسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر : من يتخذ الله يتخذ الله ، وقال أيوب السخيتاني : إنهم ليخادعون الله ، كايخادعون صبيًا ، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل على .

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئًا لا يؤخذ بالشفعة معه ، ويتواطئون في الباطن على خلافه ، مثل : أن يشتري شقصًا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ، ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتريه بمائة دينار ، ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبدًا قيمته مائة ألف في ذمته ، ثم يبيعه الشقص بالألف ، أو يشتري شقصًا بألف ، ثم يرثه البائع من تسعائة ، أو يشتري جزءًا من الشقص بمائة ، ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ، ويهب المشتري له الثمن ، أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار ، كحفنة قراضة ، أو جوهرة معينة ، أو سلعة معينة ، غير موصوفة أو بمائة درهم ، ولواؤة ، وأشياء هذا ، فهذا كله إذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة ، وإن تحيلا به على إسقاط الشفعة لم تسقط ، يأخذ الشفيع الشقص في الصورة الأولى بعشرة دنانير ، أو قيمتها من الدراهم ، وفي الثانية بمائة درهم ، أو قيمتها ذهبًا ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع ، وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء ، وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن ،

لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن ، أو بقيمته إن لم يكن مثلها ، إذا كان الثمن موجوداً ، وإن لم يوجد عينه دفع إليه قيمة الشقص ، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأي ، والشافعي : يجوز ذلك كله ، وتسقط به الشفعة ، لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به ، فلم يحز ، كالمو لم يكن حيلة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْخَلَ فَرْسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَلَمْ يَأْمَنْ أَنْ يُسَبِّقَ فَلَيْسَ بِقِيَّارٍ » ، وإن أُمِنَ أَنْ يُسَبِّقَ فَهُوَ قِيَّارٌ » رواه أبو داود ، وغيره ، فجعل إدخال الفرس الحلال قراراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جُعللاً مع عدم معنى الحلال فيه ، وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقتيهما ، وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها .

واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَا تَرَكِبُوا مَا أَرَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَدَسَّخُوا حَرَمَ اللَّهِ بِأَذْنِ الْحَيْلِ » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ إِنْ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا جَعَلُوهُ ^(١) ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » متفق عليه . ولأن الله تعالى ذم الخادعين له بقوله (يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ) ^(٢) والحيلُ مُخَادَعَةٌ ، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قِرْدَةً بحيلتهم ، فإنه روى أنهم كانوا ينصبون شباً لهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جباباً ، ويرسل الماء إليها يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك ، والجباب ، فيدعونها إلى ليلة الأحد ، فيأخذونها ، ويقولون : ما اصطدنا يوم السبت شيئاً ، فسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى : (جَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ) ^(٣) قيل : يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم . أي لتعظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولأن الحيلة خديعة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لَا تَحِلَّ الْخُدَيْعَةُ لِمُسْلِمٍ » ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحييل للحق الضرر ، فلم تسقط ، كما لو أسقطها المشتري بالبيع ، والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحييل ، لأنه لا خداع فيه ، ولا قصد به إبطال حق ، والأعمال بالنيات ، فإن اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولاً ؟ فالقول قول للمشتري مع يمينه ، لأنه أعلم بنيته وحاله .

إذا ثبت هذا فإن الفرر في الصورتين الأوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة ، وما يساوي

(١) جعلوه : أذا به ، ثم باعوه وأكلوه حيلة على الله .

(٢) الآية ٩ من سورة البقرة . (٣) الآية ٦٦ من سورة البقرة .

مائة درهم بمائة دينار، وأشهد على نفسه أن عليه ألفاً، فربما طالبه بذلك، فلزمته في ظاهر الحكم، وفي الثالثة الفرر على البائع، لأنه اشترى عبداً يساوي مائة بألف، وفي الرابعة على المشتري، لأنه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف، وكذلك في الخامسة، لأنه اشترى بعض الشقص بثمان جميعه، وفي السادسة على البادى منهما بالهبة، لأنه قد لا يهب له الآخر شيئاً. فإن خاف أحدهما ما لو تواطأ عليه، فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم، لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غرّ صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطأ عليه، لأن صاحبه إنما رضى بالعقد للتواطؤ، فمع فواته لا يتحقق الرضى به.

﴿ مسألة ﴾

٤٠٠٤

قال ﴿ وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري، إلا أن يكون للشفيع بيّنة ﴾

وجملته أن الشفيع، والمشتري إذا اختلفا في الثمن، فقال المشتري: اشتريته بمائة، فقال الشفيع بل بخمسين، فالقول قول المشتري، لأنه العاقد، فهو أعرف بالثمن، ولأن الشقص ما كره، فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بيّنة. ويهذا قال الشافعي: فإن قيل: فهل أقام: القول قول الشفيع، لأنه غارم، ومنكر للزيادة، فهو كائن أصب، والمتلف، والضامن لنصيب شريكه، إذا أعتق؟ قلنا: الشفيع ليس بغارم، لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد أن يملك الشقص بثمانه، بخلاف الفاصب، والمتلف، والمعق، فأما إن كان للشفيع بيّنة حكم بها. وكذلك إن كان للمشتري بيّنة حكم بها، واستغنى عن يمينه، وبثبت ذلك بشاهد، ويمين، وشهادة رجل، وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع، لأنه إذا شهد للشفيع كان مُتَمَمّاً، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك^(١) عليه، وإن أقام كل واحد منهما بيّنة احتمل تعارضهما، لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد، فيصيران كمن لا بيّنة لهما، وذكر الشريف: أن البيّنة بيّنة الشفيع، وبقتضيه مذهب الخرقى، لأن بيّنة الخارج عنده مُقدّمة على بيّنة الداخل، والشفيع هو الخارج، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أصحابه: البيّنة بيّنة المشتري، لأنها ترجّح بقول المشتري، فإنه مقدّم على قول الشفيع، ويخالف الخارج، والداخل، لأن بيّنة الداخل يجوز أن تكون مسندة إلى يده، وفي مسألتنا: البيّنة تشهد على نفس العقد، كشهادة بيّنة الشفيع.

ولنا: أنهما يثبتان تعارضاً، فقدّمت بيّنة من لا يُقبل قوله عند عدمها، كالداخل، والخارج، ويحتمل أن يُقرع بينهما، لأنهما يتنازعان في العقد، ولا بد لها عليه، فصارا كالتنازعين عيماً في يد غيرهما.

(١) الدرك: بفتح الراء وسكونها التبعة. أي خوفاً من الرجوع عليه.

٤٠٠٥

(فصل)

وإن قال المشتري : لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله ، لأن ما يدّعيه ممكن ، لجواز أن يكون اشتراء جزافاً ، أو بشئ نسي مبلغه ، ويحلف ، فإذا حلف سقطت الشفعة ، لأنها لا تستحقّ بغير بذل ، ولا يمكن أن يدّفع إليه ما لا يدّعيه ، فإن ادّعى أنك فعات ذلك تحيّلاً على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك .

٤٠٠٦

(فصل)

فإن اشترى شقّصاً بعرض ، واختلفا في قيمته ، فإن كان موجوداً عرضاه على المقومين ، وإن تعذّر إحضاره فالقول قول المشتري ، كما لو اختلفا في قدر الثمن . وإن ادّعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادّعى جهل ثمنه .

٤٠٠٧

(فصل)

إذا ادّعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فليأخذه بالشفعة ، فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه ، فيحدّد المكان الذي فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص ، والثمن ، ويدّعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سئل المدّعى عليه ، فإن أقرّ لزمه ، وإن أنكر وقال : إنما اتهمته ، أو ورثته ، فلا شفعة لك فيه ، فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادّعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برىء ، وإن تنكّل قضى عليه ، وإن قال : لا تستحقّ على شفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله في الإنكار ، وإذا تنكّل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن ، فإن أخذه دفع إليه ، وإن قال : لا أستحقّه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها . يُقرّ في يد الشفيع إلى أن يدّعيه المشتري ، فيُدفع إليه ، كما لو أقرّ له بدار فأنكرها .

والثاني : أن يأخذه الحاكم ، فيحفظه لصاحبه ، إلى أن يدّعيه المشتري ، ومتى ادّعاه دفع إليه .

والثالث : يقال له : إمّا أن تقبضه ، وإمّا أن تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبه ، فادّعى أنه حرام ، اختار هذا القاضي ، وهذا مفارق للمكاتب ، لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به ، فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده ، تحريم ما أتاه به ، وهذا لا يطلب الشفيع بشيء ، فلا ينبغي أن يكلف إبراءه مما لا يدّعيه ، والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى .

٤٠٠٨

(فصل)

وإن قال : اشترىته لفلان ، وكان حاضراً استدعاه الحاكم ، وسأله ، فإن صدقه كان الشراء له ، والشفعة عليه ، وإن قال : هذا ملكي ، ولم أشرته انتقلت الخصومة إليه ، وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه ، وأخذ منه بالشفعة ، وإن كان المقر له غائباً أخذ الحاكم ، ودفعه إلى الشفيع ، وكان الغائب على حجته إذا قدم ، لأننا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له لكان في ذلك إسقاط الشفعة ، لأن كل مشتر يدعى أنه لغائب ، وإن قال : اشترىته لابني الطفل ، أو لهذا الطفل ، وله عليه ولاية ، ففيه وجهان : أحدهما : لا تثبت الشفعة ، لأن الملك ثبت للطفل ، ولا تجب الشفعة بإقرار الولي عليه ، لأنه إيجاب حق في مال صغير ، بإقرار وليه .

الثاني : تثبت ، لأنه يملك الشراء له ، فصح إقراره فيه ، كما يصح إقراره ببيع في مبيع ، فأما إن ادعى عليه شفعة في شقص ، فقال : هذا لفلان الغائب ، أو لفلان الطفل ، ثم أقر بشرائه له ، لم تثبت فيه الشفعة ، إلا أن تثبت بيينة ، أو يقدم الغائب ، ويباع الطفل ، فيطالبهما بهما ، لأن الملك يثبت لهما بإقراره به ، بإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار في ملك غيره ، فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء ، لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة ، فثبتا جميعاً ، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب ببيانه ، لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة ، فلا فائدة في الكشف عنه ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبننا .

٤٠٠٩

(فصل)

وإذا كانت دار بين حاضر ، وغائب ، فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه يستحقه بالشفعة ، فصدقه ، فللشفيع أخذه بالشفعة ، لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان . أحدهما : ليس له أخذه ، لأن هذا إقرار على غيره .

ولنا : أنه أقر بما في يده ، فقبل إقراره ، كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه ، وأقر له الوكيل ، كان كإقرار البائع بالبيع : فإذا قدم الغائب ، فأنكر البيع ، أو الإذن في البيع ، فالقول قوله مع يمينه ، وينزع الشقص ، ويطالب بأجره من شاء منهما ، ويستقر الضمان على الشفيع ، لأن المنافع تلفت تحت يده ، فإن طالب الوكيل رجوع على الشفيع ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد ، وإن ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك ، فأنكر ، وقال : إنما أنا وكيل فيه ، أو مستودع له ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن كان المدعى بيينة ، حكم بها ، وبهذا قال أبو حنيفة ،

والشافعيّ مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب، لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انزعاع الشقص من يده، وحصل القضاء على الغائب ضمناً، فإن لم تكن بيّنة، وطالب الشفيع يمينه، فنكل عنها، احتمل أن يُقضى عليه، فكذلك إذا نكّل. واحتمل أن لا يُتمضى عليه، لأنه قضاء على الغائب بغير بيّنة، ولا إقرار من الشقص في يده.

(فصل)

٤٠١٠

وإذا ادّعى على رجل شفعة في شقص اشتراه، فقال: ليس له ملك في شركتي، فعلى الشفيع إقامة البيّنة أنه شريك، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، والشافعيّ، وقال أبو يوسف: إذا كان في يده استحقّ به الشفعة لذلك، لأنّ الظاهر من اليد الملك.

ولنا: أن الملك لا يثبت بمجرد اليد، وإذا لم يثبت الملك الذي يستحقّ به الشفعة لم تثبت، ومجرد الظاهر لا يكفي، كما لو ادّعى ولد أمة في يده. فإن ادّعى أن المدعى يعلم أنه شريك، فعلى المشتري اليمين: أنه لا يعلم ذلك، لأنها يمين على نفي نعل الغير. فمكان على العلم، كاليمين على نفي دين الميت، فإذا حلف سقطت دعواه، وإن نكّل قضي عليه.

(فصل)

٤٠١١

إذا ادّعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك من عمرو، فليشفعه، فصدقه عمرو، فأنكر الشريك وقال: بل ورثته من أبي، فأقام المدعى بيّنة أنه كان ملك عمرو، لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد: تثبت ويقال له: إما أن تدفعه، وتأخذ الثمن، وإما أن تردّه إلى البائع، فيأخذه الشفيع منهما، لأنهما شهدا بالملك لعمرو، فكأنتهما شهدا بالبيع.

ولنا: أنهما لم يشهدا بالبيع، وإقرار عمرو على النكر بالبيع لا يقبل، لأنه إقرار على غيره، فلا يقبل في حقه، ولا تقبل شهادته عليه، وليست الشفعة من حقوق العقد، فيقبل فيها قول البائع، فصار بمنزلة ما لو حلف أني ما اشتريت الدار، فقال من كانت الدار ملكاً له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الخنث، ولا يلزم إذا أقرّ البائع بالبيع والشقص في يده، فأنكر المشتري الشراء، لأن الذي في يده الدار مقرّ بها للشفيع، ولا منازع له فيها سواء، وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه، والمقرّ بالبيع لاشيء في يده، ولا يقدر على تسليم الشقص، فافترقا.

(فصل)

٤٠١٢

وإذا كانت دار بين رجلين، فادّعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحقّ مافي يديه بالشفعة سألانها: متى ملكناها؟ فإن قالا: ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر، لأن الشفعة إنما تثبت بملك

سابق في ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما : ملكي سابق ، ولأحدهما بيّنة بما ادّعاه قضي له ، وإن كان لكل واحد منهما بيّنة قدمنا أسبقهما تاريخاً ، وإن شهدت بيّنة كل واحد منهما بسبق ملكه ، وتجدد ملك صاحبه تعارضنا ، وإن لم تكن لواحد منهما بيّنة نظرنا إلى السابق بالدعوى ، فقدّمنا دعواه ، وسألنا خصمه ، فإن أنكر فالتقول قوله مع يمينه ، لأنه منكر ، فإن حلف سقطت دعوى الأول ، ثم تسمع دعوى الثاني على الأول ، فإن أنكر ، وحلف سقطت دعواهما جميعاً ، وإن ادّعى الأول فنسلك الثاني عن اليمين قضينا عليه ، ولم تسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحقّ ملكه ، وإن حلف الثاني ونسلك الأول قضينا عليه .

(فصل)

٤٠١٣

إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادّعى البائع أن الثمن ألفان ، وقال المشتري : هو ألف ، فأقام البائع بيّنة أن الثمن ألفان أخذاً من المشتري ، وللشفيع أخذه بالألف لأن المشتري مقرّ له باستحقاقه بألف ، ويدّعى أن البائع ظلمه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما ، لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبيّنة بطل قوله ، وثبت ما حكم به الحاكم . ولنا : أن المشتري مقرّ بأن هذه البيّنة كاذبة ، وأنه ظلمه بألف ، فلم يحكم له به ، وإنما حكم بها للبائع ، لأنه لا يكذبها ، فإن قال المشتري : صدقت البيّنة ، وكنت أنا كاذباً ، أو ناسياً ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يقبل رجوعه ، لأنه رجوع عن إقرار تعيّن به حق آدمي غيره ، فأشبهه مالو أقرّ له بدين . والثاني : يقبل قوله ، وقال القاضي : هو قياس للمذهب عندي ، كما لو أخبر في المراجعة بشمن ، ثم قال : غلطت ، والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه ، بل ههنا أولى ، لأنه قد قامت البيّنة بكذبه ، وحكم الحاكم بخلاف قوله ، فقبل رجوعه عن الكذب .

وإن لم تكن للبائع بيّنة ، فتحالفا ، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري ، لم يكن له ذلك ، لأن للبائع فسخ البيع ، وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك ، ولأنه يُفرض إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشتري ، ولا يملك ذلك ، فإن رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ، وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري ، لأن حقّ البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشتري فصدّق البائع وقال : الثمن ألفان ، وكنت غالطاً ، فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه ؟ ففيه وجهان ، كما لو قامت به بيّنة .

(فصل)

٤٠١٤

وإن اشترى شقيقاً له شقيقان ، فادّعى على أحد الشقيقين أنة غنا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع

الآخر ، قَبِلَ عَفْوَهُ عَنْ شَفْعَتِهِ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ، لِأَنَّهُ يَجْرَى إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَهُوَ تَوَفَّرَ الشَّفْعَةُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا رَدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ عَفَا عَنْ الشَّفْعَةِ ثُمَّ أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ ، لِأَنَّهُا رَدَّتْ لِلتَّهْمَةِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِعَدِّ زَوَالِهَا ، كَشَهَادَةِ الْفَاسِقِ إِذَا رَدَّتْ ، ثُمَّ تَابَ ، وَأَعَادَهَا لَمْ تُقْبَلْ ، وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ حَتَّى عَفَا ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ لِعَدَمِ التَّهْمَةِ ، وَيَحَالِفُ الْمُشْتَرَى مَعَ شَهَادَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ، مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى عَلَى الشَّفِيعِينَ مَعًا ، فَخَلَفَا ثَبُتَتِ الشَّفْعَةُ ، وَإِنْ حَالَفَ أَحَدُهُمَا ، وَنَكَلَ الْآخَرُ نَظَرْنَا فِي الْحَالِفِ فَإِنْ صَدَّقَ شَرِيكَهُ فِي الشَّفْعَةِ فِي أَنَّهُ لَمْ يَعْفَ لَمْ يَخْتِجْ إِلَى يَمِينِ ، وَكَانَتِ الشَّفْعَةُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فَإِنْ الشَّفْعَةُ تَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ ، إِذَا سَقَطَتْ شَفْعَةُ شَرِيكَهِ ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَفَا ، فَنَكَلَ ، فَضَى لَهُ بِالشَّفْعَةِ كُلِّهَا ، وَسَوَاءُ وَرَثَا الشَّفْعَةَ ، أَوْ كَانَا شَرِيكَيْنِ .

وَإِنْ شَهِدَ أَجْنَبِيٌّ بِعَفْوِ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ ، وَاحْتِجَّ إِلَى يَمِينِ مَعَهُ قَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ حَلَفَ ، وَأَخَذَ السَّكْلَ بِالشَّفْعَةِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ حَلَفَ الْمُشْتَرَى . وَسَقَطَتِ الشَّفْعَةُ . وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً شَفَعَاءَ . فَشَهِدَا ثَنَانٍ مِنْهُمْ ، عَلَى الثَّالِثِ بِالْعَفْوِ بَعْدَ عَفْوِهَا قُبِلَتْ ، وَإِنْ شَهِدَا قَبْلَهُ رَدَّتْ ، وَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ عَفْوِ أَحَدِهِمَا ، وَقَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ رَدَّتْ شَهَادَةُ غَيْرِ الْعَافِي ، وَقَبِلَتْ شَهَادَةُ الْعَافِي ، وَإِنْ شَهِدَ الْبَائِعُ بِعَفْوِ الشَّفِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَفِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : تُقْبَلُ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَهُ .

وَالثَّانِي : لَا تُقْبَلُ ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ ذَلِكَ لِيَسْهُلَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ ، لِأَنَّ الْمُشْتَرَى يَأْخُذُهُ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَيَسْهُلُ عَلَيْهِ ، وَفَاوُهُ ، أَوْ يَتَعَذَّرُ عَلَى الْمُشْتَرَى الْوَفَاءُ ، لِفُلْسِهِ ، فَيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ ، وَإِنْ شَهِدَ لِمُسْكَاتَبِهِ بِعَفْوِ شَفْعَةٍ ، أَوْ شَهِدَ بِشَرَاءِ شَيْءٍ لِمُسْكَاتَبِهِ فِيهِ شَفْعَةٌ ، لَمْ تُقْبَلْ ، لِأَنَّ الْمُسْكَاتَبَ عَبْدُهُ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمَذْبَرِهِ . وَلِأَنَّ مَا يَحْصُلُ لِلْمُسْكَاتَبِ يَنْتَفِعُ بِهِ السَّيِّدُ ، لِأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ صَارَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْجِزْ سَهَّلَ عَلَيْهِ الْوَفَاءَ لَهُ ، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى مُسْكَاتَبِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْتَمٍ ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى وَلَدِهِ .

﴿مسألة﴾

٤١١٥

قال ﴿ وَإِنْ كَانَتْ دَارُ بَيْنِ ثَلَاثَةِ أَحَدِهِمْ نَصْفَهَا ، وَالْآخَرُ ثُلُثُهَا ، وَالْآخَرُ سُدُسُهَا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ كَانَتِ الشَّفْعَةُ بَيْنَ النَّفْسَيْنِ ، عَلَى قَدْرِ سَهْمِهَا ﴾ .

الصَّحِيحُ فِي الْإِذْهَابِ أَنَّ الْمُتَّهَمَ الْمُشْفُوعَ إِذَا أَخَذَهُ الشَّفْعَاءَ قُدِّمَ بَيْنَهُمْ ، عَلَى قَدْرِ أَمْلَاكِهِمْ ، اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَدِيثِ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَعَطَاءٌ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَسُـوَّارٌ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ،

وإسحاق ، وأبو عبيد ، وهو أحد قولِي الشافعيّ ، وعن أحد رواية ثانية : أنّه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم ، اختارها ابن عقيل ، ورؤى ذلك عن النخعيّ ، والشعبيّ ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وابن شُبْرُمَة ، والثوريّ ، وأصحاب الرأي ، لأن كلّ واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع ، فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث ، وكالمتعقّن في سرية العتق .

ولنا : أنّه حقّ يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك ، كالفلّة ، ودائلمهم ينتقض بالابن ، والأب ، أو الجدّ ، وبالجدّ مع الأخوة ، وبالفرسان مع الرّجالة في الفريضة ، وبأصحاب الديون ، والوصايا ، إذا نقص ماله عن دين أحدها ، أو الثلث عن وصيّة أحدهم ، وفارق الأعيان . لأنّه إن تلاف ، والاتلاف يستوى فيه القليل ، والكثير ، كالنجاسة تُلقى في مائع ، وأما البنون فإلّا تساووا في التسبب ، وهو البنوة ، فتساووا في الإرث بها ، فنظيره في مسائلنا تساوى الشفعاء في سهامهم ، فعلى هذا نذهب فخرج سهام الشركاء كلّهم ، فنأخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ، كما يفعل في مسائل الردّ سواء ، ففي هذه المسألة التي ذكر الخرقيّ خرج سهام الشركاء ستة ، فإن باع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فالشفعة بينهم على ثلاثة ، ويصير العقار بينهم أثلاثاً ، لصاحب الثلث ثلثاه ، وللآخر ثلثه ، وإن باع صاحبُ الثلث كانت بين الآخرين أربعة : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، وللآخر ربعه ، وإن باع صاحبُ السدس كانت بين الآخرين أخماساً : لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمسه .

وعلى الرواية الأخرى يُقسمُ الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين ، على كلّ حالٍ ، فإن باع صاحبُ النصف قسم النصف بين شريكه ، لكلّ واحد الربع ، فيصير لصاحب الثلث ثلث ، وربع ، وللآخر ربع ، وسدس .

وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان ، وللآخر الثلث .

وإن باع صاحب السدس ، فلصاحب الثلث نصف ، وربع ، ولصاحب الثلث ربع ، وسدس ، والله أعلم .

(فصل)

٤٠١٦

ولو ورث أخوان داراً ، أو اشترياها بينهما نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وعمّه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزنيّ ، والشافعيّ في

الجديد ، وقال في القديم : إن أخاه أحق بالشفعة ، وبه قال مالك ، لأن أخاه أخص بشركته من العم ، لا اشتراكهما في سبب الملك ،

ولنا : أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ، فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه ، بسبب شركته ، وهذا يوجد في حق الكل ، وما ذكره لا أصل له ، ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع ، والاعتبار بالشركة لا بسببها ، وهل تقسم بين العم ، وابن أخيه نصفين ، أو على قدر ملكيهما ؟ على روايتين ، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ، ثم اشترى ابنه نصفها الآخر ، أو وراثه ، أو اتهمياه ، أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك ، فباع أحدهما نصيبه ، أو لو ورت ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ، ثم باع أحد المشتريين نصيبه ، فالشفعة بين جميع الشركاء ، وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين ، وأختين ، فباع إحدى الأختين نصيبها ، أو إحدى الابنتين ، فالشفعة بين جميع الشركاء ، ولو مات رجل ، وخلف ثلاثة بنين وأرضاً ، فأت أحدهم عن اثنين ، فباع أحد العمين نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وابني أخيه ، ولو خلف ابنتين ، وأوصى بثلثه لاثنتين ، فباع أحد الوصيتين ، أو أحد الابنتين ، فالشفعة بين شركائه كلهم ، ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره .

(فصل)

٤٠١٧

وإن كان المشتري شريكاً ، فالشفعة الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وحكى عن الحسن ، والشمسي ، والبقى : لا شفعة للآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذا شركته متقدمة ، فلا ضرر في شرائه ، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء : أن الشفعة كلها غير المشتري ولا شيء للمشتري فيها ، لأنها تستحق عليه ، فلا يستحقها على نفسه .

ولنا : أنهما تساويا في الشركة ، فساويا في الشفعة ، كما لو اشترى أجنبي ، بل المشتري أولى ، لأنه قد ملك الشقص المشفوع ، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح ، لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع ، من غير نظر إلى المشتري ، وقد حصل شراؤه ، والثاني لا يصح أيضاً ، لأننا نقول : إنه يأخذ من نفسه بالشفعة ، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة ، فيبقى على ما سكه ، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه ، لأجل تعلق حق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبتت للسيده على عبده أرش الجنابة ، لأجل تعلق حق المرتهن به ، ولو لم يكن رهناً ما تعلق به . إذا ثبت هذا : فإن شريك المشتري أخذ قدر نصيبه ، لا غير ، أو العفو ، وإن قال له المشتري : قد استرطت شراعتي ، فخذ

الكلّ ، أو ترك ، لم يلزمه ذلك ، ولم يصحّ إسقاط المشتري ، لأن ملكه استقرّ على قدر حقه ، فجرى مجرى الشفيعين ، إذا أخذ بالشفعة ، ثم عفا أحدهما عن حقه .

وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين ، فأخذ جميع الشقص بالشفعة ، ثم حضر الآخر ، فله أخذ النصف من ذلك ، فإن قال الأول : خذ الكلّ ، فإنّي قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك ، فإن قيل : هذا تبعيض للشفعة على المشتري ، قلنا : هذا التبعيض اقتضاه دخوله في العقد ، فصار كالرضي منه به ، كما قلنا في الشفيع الحاضر ، إذا أخذ جميع الشقص ، وكما لو اشترى شقصاً وسيّفاً .

﴿ مسألة ﴾

٤٠١٨

قال ﴿ فإن ترك أحدهما شفعتيه لم يكن الآخر أن يأخذ إلا الكلّ ، أو يترك ﴾

وجملته : أنه إذا كان الشقص بين شفعاء ، فترك بعضهم ، فليس للباقيين إلا أخذ الجميع ، أو ترك الجميع ، وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك ، والشافعي وأصحاب الرأي ، ولأنّ في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يُزال بالضرر ، لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل ، دفعاً لضرر الشريك الداخل ، خوفاً من سوء المشاركة ، وهؤنة القسمة ، فإذا أخذ بعض الشفّعة لم يندفع عنه الضرر ، فلم يتحقّق المعنى المجوّز لخالفه الأصل ، فلا تثبت .

ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع ، لذلك فإن فعل سقطت شفعتيه ، لأنها لا تنقبض ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها ، كالتقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض شركائه أو غيره لم يصحّ . لأن ذلك عفو ، وليس بهبة ، فلم يصحّ لغير من هو عليه ، كالعفو عن التقصاص .

(فصل)

٤٠١٩

فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة ، لموضع العذر ، فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ إلا الكلّ ، أو يترك لأننا لا نعلم اليوم مطالباً سواه ، ولأنّ في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري ، فلم يجز ذلك ، كما لو لم يكن معه غيره ، ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه ، لأن في التأخير إضراراً بالمشتري ، فإذا أخذ الجميع ، ثم حضر آخر ، قاسمه إن شاء ، أو عفا ، فيبقى الأول ، لأن المطالبة إتماماً وجدت منهما ، فإن قاسمه ، ثم حضر الثالث ، قاسمهما إن أحبّ ، أو عفا ، فيبقى للأولين ، فإن نعى الشقص في يد الأول نعاءً منفصلاً ، لم يشاركه فيه واحد منهما ، لأنه انفصل في يد المشتري ، قبل الأخذ بالشفعة .

وكذلك إذا أخذ الثاني ، فنعى في يده نعاءً منفصلاً ، لم يشاركه الثالث فيه .

وإن خرج الشقص مستحقاً : فالعهدة على المشتري ، يرجع الثلاثة عليه ، ولا يرجع أحدهم على الآخر ، فإن الأخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع إليهما ، والنائب عنهما في دفع الثمن إليه ، لأن الشفعة مستحقة عليه لهم ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباها ، أو قال : آخذ ، قدر حق ، ففيه وجهان :

أحدهما : يبطل حقه . لأنه قدر على أخذ الكل ، وتركه ، فأشبهه المنفرد .

والثاني : لا يبطل ، لأنه تركه لعذر ، وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه ، والترك لعذر لا يسقط الشفعة ، بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيراً ، فترك لذلك ، ثم بان بخلافه ، فإن ترك الأول شفيعته توفرت الشفعة على صاحبيه ، فإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع ، على ما ذكرنا في الأول ، فإن أخذ الأول بها ، ثم رد ما أخذه بعيب ، فكذلك ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن محمد بن الحسن : أنها لا تتوفر عليهما ، وليس لهما أخذ نصيب الأول ، لأنه لم يعف ، وإنما رد نصيبه لأجل العيب ، فأشبهه ما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة .

ولنا : أن الشفيع فسخ ملكه ، ورجع إلى المشتري بالسبب الأول فكان شريكه أخذه ، كما لو عفا . ويفارق عوده بسبب آخر ، لأنه عاد غير الملك الأول الذي تملكت به الشفعة .

٤٠٢٠ (فصل)

وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول ، فأخذ نصف الشقص منه ، واقتسما ، ثم قدم الثالث ، فطالب بالشفعة ، وأخذ بها بطلت القسمة ، لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة ، لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشتري ، ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع .

فإن قيل : فكيف تصح القسمة ، وشريكتها الثالث غائب ؟ قلنا : يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع ، أو قبل إلمه ، أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم ، وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما ، وبقي الغائب على شفيعته .

فإن قيل : فكيف تصح مقاسمتها للشقص ، وحق الثالث ثابت فيه ، قلنا : ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف ، بدليل أنه يصح بيعه ، وهبته ، وغيرهما ، ويملك الشفيع إبطاله ، كذا ههنا . إذا ثبت هذا : فإن الثالث إذا قدم ، فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث مافي يده ، لأنه قدر ما يستحقه ، ثم إن قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث مافي يده أيضاً ، وإن لم يقض له انتظار الغائب حتى يقدم ، لأنه موضع عذر .

٤٠٢١

(فصل)

إذا أخذ الأول الشَّص كله بالشَّعة ، فقدم الثاني ، فقال : لا آخذ منك نصفه ، بل أقتصرُ على قدر نصيبي ، وهو الثلث ، فله ذلك ، لأنه اقتصر على بعض حقه ، وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري ، فجاز كترك الكل ، فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ، ويقسمانه نصفين ، فتصح قسمة الشَّص من ثمانية عشر سهماً ، لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ، ثلث الثلث ، ومخرجه تسعة ، فضمه إلى الثلاثين ، وهي ستة صارت سبعة ، ثم قسما السبعة نصفين ، لا تنقسم ، فاضرب اثنين في تسعة تسكن ثمانية عشر ، للثاني أربعة أسهم ، ولكل واحد من شريكيه سبعة .

وإنما كان كذلك لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه ، وحقه منه ثلثاه ، وهو التسع ، فتوفّر ذلك على شريكه في الشَّعة ، فللأول والثالث أن يقولوا : نحن سواء في الاستحقاق ، ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه ، فنجمع ما مئنا ، فنقسمه ، فيكون على ما ذكرنا .

وإن قال الثاني : أنا آخذ الربع ، فله ذلك ، لما ذكرنا في التي قبلها ، فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس ، وهو ثلث ما في يده ، فضمه إلى ثلاثة الأرباع ، وهي تسعة ، يصير الجميع عشرة ، فيقسمانها : لكل واحد منهما خمسة ، وللثاني سهمان ، وتصح من اثني عشر .

٤٠٢٢

(فصل)

إذا اشترى رجل من رجلين شَصاً ، فلشَّص أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، لثلاث تبعض صفقة المشتري . ولنا : أن عقد الاثنين مع واحد عقدان ، لأنه مشتري من كل واحد منهما ملكه ، بثمن مفرد ، فكان للشَّص أخذه ، كما لو أفرد به عقد ، وبهذا ينفصل عما ذكرناه ، وإن اشترى اثنين نصيب واحد ، فللشَّص أخذ نصيب أحد المشترين ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى : يجوز له ذلك بعد القبض ، ولا يجوز قبله ، لأنه قبل القبض تبعض صفقة البائع . وإنما : أنهما مشتريان ، فجاز للشَّص أخذ نصيب أحدهما ، كما بعد القبض ، وما ذكرناه لا نسلمه ، على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه ، فلا يكون تبعضاً ، فإن باع اثنين من اثنين فهي أربعة عقود ، وللشَّص أخذ الكل ، أو ما شاء منهما .

٤٠٢٣

(فصل)

فإذا باع شَصاً لثلاثة دفعة واحدة ، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ، وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ، لأن عقد كل منهما مفرد ؛ فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد

الآخر ، كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركتة في الشفعة ، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ، ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ، ثم علم الشفيع ، فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة ، وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركتة في شفعته ، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركتة ، لذلك ، ويشاركه الأول في شفعته ، لأن ملكه سابق لشراء الثاني ، فهو شريك حال شرائه .

ويحتمل أن لا يشاركه ، لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة ، فلا يكون سبباً في استحقاقها .

وإن أخذ من الثالث ، وعفا عن الأولين ، ففي مشاركتها له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يشاركه أحد منهم ، لأن أملاكهم قد استحققت بالشفعة ، فلا يستحق عليه بها شفعة .

والثاني : يشاركه الثاني في شفعة الثالث ، وهذا قول أبي حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعي . لأنه كان مالكاً ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولذلك استحق مشاركتة إذا عفا عن شفعته ، فكذلك إذا لم يعف ، لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً ، لا بالعفو عنه .

ولذلك قلنا في الشفيع : إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول ، والمشتري الأول أخذ نصيب المشتري الثاني .

وعلى هذا : يشاركه الأول في شفعة الثاني ، والثالث جميعاً ، فعلى هذا : إذا كانت دار بين اثنين نصفين ، فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود ، في كل عقد سدساً ، فللشفيع السدس الأول ، وثلاثة أرباع الثاني ، وثلاثة أخماس الثالث ، والمشتري الأول ربع السدس الثاني ، وخمس الثالث ، والمشتري الثاني خمس الثالث ، فتصح المسألة من مائة وعشرين مهباً ، للشفيع الأول مائة ، وسبعة أسهم ، وللثاني تسعة ، وللثالث أربعة ، وإن قلنا : إن الشفعة على عدد الرؤوس ، فالمشتري الأول نصف السدس الثاني ، وثالث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث ، وهو نصف التسع ، فتصح من ستة وثلاثين ، للشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة ، وللثالث مهبان .

(فصل)

٤٠٢٤

دار بين أربعة أرباعاً باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ، ولم يعلم شريكهم ، ولا بعضهم ببعض ، فللذي

لم يبيع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الأول ، والثاني ؟ على وجهين .

وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الأول ، والثاني ؟ على وجهين ، وهل يستحق المشتري الربع الأول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث ؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث ؟ على ثلاثة أوجه : أحدها : يستحقان . لأنهما مالكان حال البيع .

والثاني : لا حق لهما ، لأن ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة ، فلا تثبت به .

والثالث : إن عفا عنهما أخذا ، وإلا فلا ، فإذا قلنا : يشترك الجميع ، فللذي لم يبيع ثلث كل ربع لأن له شريكين ، فصار له الربع مضموماً إلى ملكه ، فكل له النصف ، وللبائع والمشتري الأول الثلث ، لكل واحد منهما السدس ، لأنه شريك في شفعة يبيع واحد ، وتصح من اثني عشر .

(فصل)

٤٠٢٥

وإن باع الشريك نصف الشقص لرجل ، ثم باعه بقيقه في صفقة أخرى ، ثم علم الشفيع ، فله أخذ المبيع الأول ، والثاني ، وله أخذ أحدهما دون الثاني ، لأن لكل عقد حكم نفسه ، فإن أخذ الأول لم يشاركه في شفعته أحد ، وإن أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الأول ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يشاركه فيها ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعي . لأنه شريك وقت البيع الثاني ، بملكه الذي اشتراه أولاً .

والثاني : لا يشاركه . لأن ملكه على الأول لم يستقر ، لكون الشفيع يملك أخذه .

والثالث : إن عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني ، وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه ، وهذا مذهب الشافعي . لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه ، فشارك به ، بخلاف ما إذا أخذ ، فإن قلنا : يشارك في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان .

أحدهما : ثلثه .

والثاني : نصفه ، بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الأملاك ، أو عدد الرؤوس ، فإذا قلنا : يشاركه ، فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر ثلاثة أثمانه ، وباقيه لشريكه .

وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدسه في أحد الوجهين ، وفي الآخر ثمنه ، والباقي لشريكه . وإن باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية ، فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس ، على ما شرحناه ، ويستحق ما يستحقون ، وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة ، والله أعلم .

٤٠٣٦

(فصل)

وإذا كانت دار بين ثلاثة ، فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه ، مع نصيبه ، فباعهما الرجل واحد ، فاشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك . لأن المالك اثنان ، فها بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما ، كما لو توليا العقد .

والثاني : ليس له ذلك . لأن الصفقة واحدة ، وفي أخذ أحدهما تبويض الصفقة على المشتري ، فلم يجز ، كما لو كانا لرجل واحد .

وإن وكل رجل رجلاً في شراء نصف نصيب أحد الشركاء ، فاشتري الشقص كله لنفسه ولموكله ، فاشريكه أخذ نصيب أحدهما ، لأنهما مشتريان ، فأشبهه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن أخذ أحد النصيبين لا يُفضي إلى تبويض صفقة المشتري ، ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر ، بخلاف التي قبلها ، فإن المشتري واحد .

٤٠٣٧

﴿مسألة﴾

قال : ﴿وعهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع﴾

يعنى : أن الشفيع إذا أخذ الشقص ، فظهر مستحقاً ، فرجوعه بالثمن على المشتري ، ويرجع المشتري على البائع ، وإن وجده معيباً ، فله رده على المشتري ، أو أخذ أرشه منه ، والمشتري يردّ على البائع ؛ أو يأخذ الأرض منه ، سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى ، وعثمان البتي : عهدة الشفيع على البائع ، لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع ، فكان رجوعه عليه ، كالمشتري .

وقال أبو حنيفة : إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه ، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه ، لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري ، فكان الشفيع آخذاً من البائع ، مالمّا من جهته ؛ فكانت عهده عليه .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن ، فكانت العهدة عليه ، كما لو أخذه منه يبيع ، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن . فلك رده عليه بالعيب ، كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح . لأن المشتري ملكه من البائع ، بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة ، لأنها استحققت به .

٤٠٢٨

(فصل)

وحكم الشفيع في الردّ بالعيب حكم المشتري من المشتري ، وإن علم المشتري بالعيب ، ولم يعلم الشفيع ، فللشفيع ردّه على المشتري ، أو أخذ أرشه منه ، وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض ، لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقرّ عليه العقد ، فإذا أخذ الأرض ، فما أخذه بالثمن الذي استقرّ على المشتري ، وإن علم الشفيع دون المشتري ، فليس لواحد منهما ردّ ، ولا أرض ، لأنّ الشفيع أخذه علماً بعيبه ، فلم يثبت له ردّ ، ولا أرض ، كالمشتري إذا علم العيب ، والمشتري قد استغنى عن الردّ ، لزوال ملكه عن المبيع ، وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الأرض ، لأنه استدرك ظلالته ، ورجع إليه جميع ثمنه ، فأشبهه ما لو ردّه على البائع .

ويحتمل أن يملك أخذ الأرض ، لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع ، فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قفيزين ، فتلّف أحدهما ، وأخذ الآخر ، فعلى هذا : ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، لأنّ الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقرّ عليه العقد ، فأشبهه ما لو أخذ الأرض قبل أخذ الشفيع منه .

وإن علماً جميعاً فليس لواحد منهما ردّ ، ولا أرض ، لأنّ كلّ واحد منهما دخل على بصيرة ، ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وإن لم يعلم ، فللشفيع ردّه على المشتري ، وللمشتري ردّه على البائع ، فإن لم يرده الشفيع فلا يرده المشتري لما ذكرنا أولاً .

وإن أخذ الشفيع أرشه من المشتري ، فللمشتري أخذه من البائع ، وإن لم يأخذ منه شيئاً ، فلا شيء للمشتري .

ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه ، فإذا أخذه ، فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري ، سقط عنه من الثمن بقدره ، لأنه الثمن الذي استقرّ عليه البيع ، وسكوته لا يسقط حقه ، وإن أسقطه عن المشتري توفّر عليه ، كما لو زاده على الثمن باختياره ، فأما إن اشترى بالبراءة من كلّ عيب ، فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ ، فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفيه رواية أخرى : أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب ، فدأسه ، واشترط البراءة ، فعلى هذه الرواية : إن علم الشفيع باسقاط البراءة فخكه حكم المشتري ، لأنه دخل على شرائه ، فصار كمشترٍ ثانٍ اشترط البراءة ، وإن لم يعلم ذلك فخكه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفيع .

﴿ مسألة ﴾

٤٠٢٩

قال : ﴿ والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخلُ من حالين :

أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد : الموت يَبْصُلُ به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحدّ إذا مات المقدوف ، والخيار ، إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب ، فليس تجب ، إلا أن يُشهد أني على حقّي من كذا ، وكذا ، وأنّي قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلبُ به .

وروى سقوطه بالموت عن الحسن ، وابن سيرين ، والشَّعْبِيّ ، والنَّخَعِيّ ، وبه قال الثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وقال مالك ، والشافعيّ والعنبريّ يورث ، قال أبو الخطاب : ويخرج لنا مثل ذلك ، لأنه خيارٌ ثابت لدفع الضرر عن المال ، فيورث ، كخيار الردّ بالعيب .

ولنا أنه حقّ فسخ ثبت ، لا لفوات جزء ، فلم يورث ، كالرجوع في الهبة ، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك ، أشبه خيار القبول ، فأما خيار الردّ بالعيب فإنه لا استدراك جزء فات من المبيع .

الحال الثاني : إذا طالب بالشفعة ، ثم مات . فإن حقّ الشفعة ينتقل إلى الورثة ، قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب .

وقد ذكرنا نصّ أحمد عليه . لأنّ الحقّ يتقرّر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقوله يسقط : وقال القاضي : يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة .

وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا ، فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصحّ العفو عن الشفعة بعد طلبها ، كما لا يصحّ العفو عنها بعد الأخذ بها .

فإذا ثبت هذا : فإنّ الحقّ ينتقل إلى جميع الورثة ، على حسب موارثهم ، فينتقل إلى جميعهم ، كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا : الشفعةُ على قدر الأملك ، أو على عدد الرؤوس ، لأنّ هذا ينتقل إليهم من موروّثهم ، فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحقّ على سائر الورثة ، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا السكّل ، أو يتركوا ، كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعتهم ، لأننا لو جَوّزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري ، وهذا ضرر في حقه .

(فصل)

٤٠٣٠

وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للذر ، ثم مات لم تبطل ، وكان للورثة المطالبة بها ، نصّ عليه أحمد ، لأنّ الإشهاد على الطلب عند المعجز عنه يقوم مقامه ، فلم تسقط الشفعة بالموت بعد ، كنفس الطالب .

٤٠٣١

(فصل)

وإذا بيع شقص له شفيهان ، فعفا أحدهما عنها ، وطالب الآخر بها ، ثم مات المطالب ، فورثه العافي ، فله أخذ الشَّقص بها ، لأنه وارث لشفيغ مطالب بالشفعة ، فملك الأخذ بها ، كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمتها وهي مَيِّتة ، فعفا أحدهما ، فطالب الآخر ، ثم مات الطالب ، فورثه العافي ، ثبت له استيفاءؤه بالنيابة عن أخيه الميِّت ، إذا قلنا : بوجوب الحدِّ بقذفها .

٤٠٣٢

(فصل)

ولو مات مفلس ، وله شقص ، فباع شريكه ، كان لورثته الشفعة ، وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم . لأن الحق انتقل إلى الغرماء .

ولنا : أنه بيع في شركة ما خلقه موروثهم من شقص ، فكان لهم المطالبة بشفعته ، كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء ، بل هي للورثة ، بدليل أنها لو تمت ، أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وإلما تعلق حقهم به ، فلم يمنع ذلك من الشفعة ، كما لو كان لرجل شقص مرهون ، فباع شريكه ، فإنه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميِّت دار فبيع بعضها في قضاء دينه ، لم يكن للورثة شفعة . لأن البيع يقع لهم ، فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث ، فبيع نصيب الموروث في دينه ، فلا شفعة أيضاً ، لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث ، فإذا بيع فقد بيع مملكه ، فلا يستحق الشفعة على نفسه .

٤٠٣٣

(فصل)

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ، ووصى به ، ثم مات ، فلا شفيغ أخذه بالشفعة ، لأن حقه أسبق من حق الموصى له ، فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة ، وبطلت الوصية ، لأن الموصى به ذهب ، فبطلت الوصية ، كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله ، لأنه لم يوص له إلا بالشقص ، وقد فات بأخذه .

ولو وصى رجل لإنسان بشقص ، ثم مات ، فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له ، فالشفعة للورثة في الصحيح ، لأن الموصى به لا يصير الوصى إلا بعد القبول ، ولم يوجد ، فيكون باقياً على ملك الورثة .

ويحتمل أن يكون للوصى إذا قلنا : إن الملك ينتقل إليه بمجرد الموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة ، لأننا تبيَّنا أن الملك كان له ، فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول ، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول ، وإلما يتبيَّن ذلك بقبوله ، فإن قبل تبيَّنا أنه كان له ، وإن ردَّ تبيَّنا أنه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضاً لذلك .

وبحتمل أن لهم المطالبة . لأن الأصل عدم القبول ، وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين :

أحدهما : أن الأصل عدم القبول منه .

الثاني : أنه يمكنه أن يقبل ، ثم يطالب ، بخلاف الوارث ، فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له ، أو لغيره . فإذا طالبوا ، ثم قبِل الوصى الوصية كانت الشفعة له ، ويفتقر إلى الطلب منه . لأن الطلب الأول يبين أنه من غير المستحق ، وإن قلنا : بالرواية الأولى : فطالب الورثة بالشفعة ، فلم الأخذ بها ، وإن قبل الوصى أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع . لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته . فأشبهه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به ، فلا شفعة للموصى له . لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به ، وحصول شركته ، وفي ثبوتها للورثة رجحان ، بناءً على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه .

(فصل)

٤٠٣٤

ولو اشترى رجل شقصاً ، ثم ارتد ، فقتل ، أو مات ، فللشفيع أخذه بالشفعة ، لأنها وجبت بالشراء ، وانتقاله إلى المسلمين بقتله ، أو موته ، لا يمنع الشفعة ، كما لو مات على الإسلام ، فورثته ، ورثته ، أو صار ماله لبيت المال . لعدم ورثته ، والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال .

(فصل)

٤٠٣٥

وإذا اشترى المرتد شقصاً ، فتصرفه موقوف ، فإن قُتل على رده ، أو مات عليها تبيناً أن شراءه باطل ، ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبيناً صحته . وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر : تصرفه غير صحيح في الحالين ، لأن ملكه يزول برده ، فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً .

وقال الشافعي ، وأبو يوسف : تصرفه صحيح في الحالين ، وتجب الشفعة فيه ، ومبني الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ، ويذكر في غير هذا الموضع ، وإن بيع شقص في شركة المرتد ، وكان المشتري كافراً ، فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً ، لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري ، فأشبهه شراءه لغيره .

وإن ارتد الشفيع المسلم ، وقتل بالردة ، أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً إلى المسلمين ، يفطر فيها الإمام ، أو نائبه . وإن قتل ، أو مات ، قبل سلبها بطلت شفعته . كما لو مات على إسلامه . ولو مات الشفيع المسلم ، ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال ، انتقل نصيبه إلى المسلمين ، إن مات بعد الطلب . وإلا فلا .

٤٠٣٦

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإن أذن الشريك في البيع ، ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع ، فله ذلك ﴾
وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع ، فقال : قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي ،
أو ما أشبه ذلك ، لم تسقط ، وله المطالبة بها متى وجد البيع ، وهذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب مالك ،
والشافعي والبقى ، وأصحاب الرأي .

وروى عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك ، فإن اسماعيل بن سميد قال : قلت لأحمد :
ما معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ رُبْعَةٌ ^(١) فَأَرَادَ بَيْعَهَا ، فَلْيَعْرِضْهَا
عَائِلَهُ » وقد جاء في بعض الحديث « وَلَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَعْْرِضَهَا عَلَيْهِ » إذ كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال :
ما هو بيميد من أن يكون على ذلك ، وأن لا تكون له الشفعة ، وهذا قول الحكم ، والثوري ، وأبي عبيد
وأبي خيثمة ، وطائفة من أهل الحديث .

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد ، فقال مرة . تبطل شفعته ، وقال مرة : لا تبطل ،
واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَ لَهُ شَرَكَةٌ فِي أَرْضٍ رُبْعَةٌ أَوْ حَاطِطٌ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ
يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم
« وَمَنْ شَاءَ تَرَكَ » فلا يكون تركه معنى ، ومفهوم قوله : فإن باع ، ولم يؤذنه فهو أحق به ، أنه إذا باعه
بإذنه لاحق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل ، لسكونه يأخذ ملك المشتري من
غير رضائه ، ويجبره على المعاوضة به ، لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه ، بإدخاله الضرر على شريكه
وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه .

وهذا المعنى معدوم ههنا ، فإنه قد عرضه عليه ، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه
بيعه ، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه ، فلا يستحق الشفعة ، كما لو آخر المطالبة بعد البيع .
ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه ، فلم يصح ، كما لو أبرأه مما يجب له ، أو أسقطت المرأة
صداقها قبل الزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ، ليدتاع ذلك إن أراد ، فتخف عليه المؤنة
ويكتفى بأخذ المشتري الشقص لا إسقاط حقه من شفعته .

٤٠٣٧

(فصل)

إذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك ، سواء كان وكيل البائع أو المشتري ، ذكره ، الشريف ،
وأبو الخطاب ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

وقال القاضي ، وبعض الشافعية : إن كان وكيل البائع فلا شفعة له ، لأنه تلحقه التهمة في البيع ، لكونه يقصد تقليل الثمن ، لياخذ به ، بخلاف وكيل المشتري .

وقال أصحاب الرأي : لا شفعة لوكيل المشتري ، بناء على أصلهم : أن الملك ينتقل إلى الوكيل ، فلا يستحق على نفسه .

ولنا أنه وكيل ، فلا تسقط شفعته كالأخر ، ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكيل ، إنما ينتقل إلى الموكل ، ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبتت في ملكه ، إنما ينتقل في الحال . إلى الموكل ، فلا يكون الأخذ من نفسه ، ولا الاستحقاق عليها ، وأما التهمة فلا : تؤثر لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته ، راضياً بتصرفه مع ذلك ، فلا يؤثر ، كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه .

فعلى هذا ، لو قال لشريكه : بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ، ففعل ، ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه ، وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل .

(فصل — ل)

٤٠٣٨

وإن ضمن الشفيع العهدة للمشتري ، أو شرط له الخيار ، فاختر إِمضاء العقد لم تسقط شفعته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : تسقط ، لأن العقد تم به ، فأشبهه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة ، فلم تسقط به الشفعة ، كالإذن في البيع ، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع ، وما ذكره لا يصح ، فإن البيع لا يقف على الضمان ، ويبطل بما إذا كان المشتري شريكاً ، فإن البيع قد تم به ، وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه .

(فصل — ل)

٤٠٣٩

وإذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه يألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة ، في أحد الوجهين ، لأن أحد الشريكين رب المال ، والآخر العامل ، فهما كالشريكين في المتاع ، فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبي ، كانت الشفعة مستحقةً بينهما أخماساً ، لرب المال أخسأها ، وللعامل أخسأها ، ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له ، فيجعل مال المضاربة كشریک آخر ، لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما .

(فصل — ل)

٤٠٤٠

فإن كانت الدار بين ثلاثة أملاًنا ، فاشترى أجنبي نصيب أحدهم ، فطالبه أحد الشريكين بالشفعة ، فقال : إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة ، فإن الشفعة بين الشريكين نصفين ، سواء اشتراها الأجنبي لنفسه ، أو للشريك الآخر ، وإن ترك المطالب بالشفعة

حقه منها بناء على هذا القول ، ثم تبين كذبه لم يسقط شفעתه ، وإن أخذ نصف المبيع لذلك ، ثم تبين كذب المشتري ، وعفا الشريك عن شفעתه ، فله أخذ نصيبه من الشفعة ، لأن اقتصاره على أخذ النصف يفي على خبر المشتري ، فلم يؤثر في إسقاط الشفعة ، واستحقاق أخذ الباقي ، لعفو شريكه عنه ، وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفעתه كلها ، لأنه لا يملك تبعض صفقة المشتري .

ويجوز أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ، ولا يبطل أخذه له ، لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك ، فلا يبطل رجوعه عن إقراره ، وإن أنكر الشريك كون الشراء له ، وعفا عن شفעתه ، وأصر المشتري على الإقرار للشريك به ، فللشفيع أخذ الكل ، لأنه لا منازع له في استحقاقه ، وله الاقتصار على النصف ، لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك .

(فصل)

٤٠٤١

وإن قال أحد الشفيعين للمشتري : شراؤك باطل ، وقال الآخر : هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة ، وكذلك إن قال : ما اشتريته إنما آتيت به ، وصدقه الآخر أنه اشتراه ، فالشفعة للمصدق بالشراء ، لأن شريكه يسقط لحقه باعترافه ، أنه لا يبيع صحيح ، ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين : قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر ، لاعتراف صاحبه بسقوطها ، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع ، أو الشراء ، أو ضمن عهدة المبيع ، أو عفا عن الشفعة قبل البيع ، وقال : لا شفعة لي لذلك ، توفرت على الآخر ، وإن اعتقد أن له شفعة ، وطالب بها فارتفع إلى حاكم ، لحكم بأنه لا شفعة له ، توفرت على الآخر ، لأنها سقطت بحكم الحاكم ، فأشبهه مالهو سقطت بإسقاط المستحق .

(فصل)

٤٠٤٢

إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره ، فأنكر ، ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ، ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به ، لأن المدعى يزعم أنه محق في دعواه : وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه ، فلزمه حكم دعواه ، ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه ، لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل ، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاء لشراءه ، ودفعاً لضرر الخصومة ؛ واليمين على نفسه ، فلم تلزمه فيه شفعة .

وإن قال المنكر للمدعى : خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ، ففعل ، فلا شفعة على المدعى فيما أخذه ، وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه . لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي : تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعى أيضاً ، لأنها معاوضة من الجانبين بشقين ، فوجبت الشفعة فيهما ، كما لو كانت بين مقيرين .

ولنا : أن المدعى يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ، ولم يتجدد له عليه ملك ، وإنما استنقذه بصلحه ، فلم تجب فيه شفعة ، كما لو أقر له به .

(فصل)

٤٠٤٣

إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً ، فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ، ثم باعه لأجنبي ، ثم علم شريكه ، فله أن يأخذ بالعدين ، وله الأخذ بأحدهما ، لأنه شريك فيهما ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يد مشتريه ، لأنه لا شريك له في شفعته ، وإن أخذ بالعقد الأول ، ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع ، وهو السدس ، لأن المشتري شريكه في شفعته ، وبأخذ نصفه من المشتري الأول ، ونصفه من المشتري الثاني ، لأن شريكه لما اشترى الثالث كان بينهما نصفين ، لكل واحد منهما السدس ، فإذا باع الثالث من جميع مافي يده ، وفي يده ثلثان ، فقد باع نصف مافي يده ، والشفيع يستحق ربع مافي يده ، وهو السدس ، فصار منقسماً في يديهما نصفين ، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه ، وهو نصف السدس ، ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشتري الثاني على الأول ربع الثمن الذي اشترى به ، وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم ترجع إلى أربعة ، للشفيع نصف الدار ، ولكل واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالعدين أخذ جميع مافي يد الثاني ، وربع مافي يد الأول ، فصار له ثلاثة أرباع الدار ، واشريكه الربع ، ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ، ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ، ويرجع الثاني على الأول ربع الثمن الثاني ، لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول ، وهو السدس ، فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني ، وهو ربع مافي يده ، فيأخذه منه ، ويرجع الثاني على الأول بثلثه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه ، فأخذها منه ، ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن .

وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول ، فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف .

وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً : لأحدهم نصفها ، وللآخرين نصفها بينهما ، فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ، ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ، ثم علم شريكه فأخذ بالمبيع الثاني أخذ جميعه ، ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالمبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع ، وهو نصف سدس ، لأن المبيع كله ربع ، فثلثه نصف سدس ، يأخذ ثلثه من المشتري الأول ، وثلثه من الثاني ، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين : النصف ثمانية عشر ، ولكل واحد منهما تسعة . فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتهما بينهما ، وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثاً ، اشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث مافي يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها ، وهو سهم ، في يد البائع منها سهمان ، فترد اثلاثة إلى الشريك ، ويصير في يده اثنا عشر ، وهي الثالث ، ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية ، وهي تسعان ، وفي يد صاحب النصف ستة عشر ، وهي أربعة

أتساع ، ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ، ويرجع المشتري الثانى عليه بتسع الثمن الذى اشترى به ، لأنه قد أخذ منه تسع مبيعته ، وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثانى جميع ما فى يده ، وأخذ من الأول نصف التسع ، وهو سهمان من ستة وثلاثين ، فيصير فى يده عشرون سهماً ، وهى خمسة أتساع ، ويبقى فى يد الأول ستة عشر سهماً ، وهى أربعة أتساع ، ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ، ويدفع إلى الثانى ثمانية أتساع الثمن الثانى ، ويرجع الثانى على الأول بتسع الثمن الثانى .

٤٠٤٤

(فصل)

إذا كانت دار بين ثلاثة ، لزيد نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر سدسها ، فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ، ثم باع عمراً سدسها ، ولم نعلم عمرو بشراء الثالث ، ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث ، وهو ثلثاه ، وذلك تسع الدار ، فيأخذ من بكر ثلثى ذلك ، وقد حصل ثلثه الباقي فى يده بشرائه لاسدس ، فيفسخ بيعه فيه ، ويأخذه بشفعة البيع الأول ، ويبقى من مبيعته خمسة أتساعه ، لزيد ثلث شفته ، فيقسم بينهما أثلاثاً .

وتصح المسألة من مائة ، واثنين ، وستين سهماً : الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً ، وعمرو ثلثها بشفعته ، ستة وثلاثون سهماً ، يأخذ ثلثيها من بكر . وهى أربعة وعشرون سهماً ، وثلثها فى يده اثنا عشر سهماً ، والسدس الذى اشتراه سبعة وعشرون سهماً ، قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة ، بقى منها خمسة عشر ، له ثلثاها : عشرة ويأخذ منها زيد خمسة ، فحصل لزيد اثنان ، وثلثون سهماً ، ولبكر ثلاثون سهماً ، ولعمرو مائة سهم ، وذلك نصف الدار ، وتسعها ، ونصف تسع تسعها ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى الثمن فى البيع الأول ، وعليه ، وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الباقي ، بينهما أثلاثاً .

وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث ، فشفعة السدس الذى اشتراه بينه ، وبين زيد أثلاثاً ، ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار ، لزيد تسعها ، ولبكر ثلثها ، وتصح من تسعة .

وإن باع بكر السدس لأجنبى فهو كبيعته إياه لعمرو ، إلا أن لعمرو العفو عن شفته فى السدس ، بخلاف ما إذا كان هو المشتري ، فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لأجنبى ، فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول ، وهو التسع ، يأخذ ثلثها من بكر ، وثلثها من المشتري الثانى ، وذلك تسع ، وثلث تسع ، يبقى فى يد الثانى سدس ، وسدس تسع ، وهو عشرة من أربعة وخمسين ، بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتصح أيضاً من مائة ، واثنين وستين ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى ثمن مبيعته ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثانى ثمن خمسة أسباع مبيعته ، بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشتري الثانى على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعته .

وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يده سدساً لم تبطل شفعته ، في أحد الوجوه ، وله أن يأخذ بها ، كما لو لم يبيع شيئاً

(الثاني) تبطل شفعته كلها .

(والثالث) تبطل في قدر ما باع ، وتبقى فيما لم يبيع :

وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه ، فأما شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أنها بين المشتري الثاني وزيد ، وبكر ، وأرباعاً ، المشتري نصفها ، ولكل واحد منهما ربعها ، على أملاكهم حين بيعه ،

والثاني : أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً ، لزيد تسعة ، ولبكر خمسة ، لأن لزيد السدس ، ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة ، فيبقى معه خمسة أنساع السدس ، ملكه مستقر عليها ، فأضفناه إلى سدس زيد ، وقسمنا الشفعة على ذلك ، ولم نعط المشتري الثاني ، ولا بكر بالسهام المستحقة بالشفعة شيئاً ، لأن الملك عليها غير مستقر

والثالث : إن عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها ، وإن أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وإن عفا عن بعضهم دون بعض استحق المفعو عنه بسهامه ، دون غير المفعو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو ، فهو بمنزلة المفعو عنه ، فيخرج في قدره وجهان ، ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لاطال ، وخرج إلى الإملال .

(فصل)

٤٠٤٥

وإذا كانت دار بين أربعة أرباعاً ، فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم ، استحق الرابع الشفعة عليهما ، واستحق كل واحد من المشترين الشفعة على صاحبه ، فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثاً ، وصارت الدار بينهم كذلك .

وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشترين نصفين ، وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم ، فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار ، وللرابع الربع بحاله .

وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع ، لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب ، فشفعة مبيعه بينه وبين شفعيه نصفين ، فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار ، وباقياها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر .

وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر ، قاسمه الثمن نصفين ، فيحصل المفعو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين ، وتصح من ستة عشر .

وإن عفا أحد المشتريين ، ولم يعفُ الآخر ، ولا الرابع قسم مبيع المفعوف عنه بينه ، وبين الرابع نصفين ، ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً ، فيحصل للذي لم يعفُ عنه ربع ، وثلاث ثمن ، وذلك سدس ، وثمن ، والباقي بين الآخرين نصفين ، وتصحّ من ثمانية وأربعين .

وإن عفا الرابع عن أحدهما ، ولم يعفُ أحدهما عن صاحبه ، أخذ من لم يعفُ عنه ثلث الثمن ، والباقي بينهما نصفين ، ويكون الرابع كالعاق في التي قبلها ، وتصحّ أيضاً من ثمانية وأربعين .

وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ، ولم يعفُ الآخر فلغير العاق ربع ، وسدس ، والباقي بين العاقين نصفين ، لكل واحد منهما سدس ثمن ، وتصحّ من أربعة وعشرين ، وما يفرع من المسائل فهو على مَساق ما ذكرنا .

﴿مسألة﴾

٤٠٤٦

قال ﴿ولا شفعة لكافرٍ على مسلمٍ﴾

وجملة ذلك : أن الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم ، فلا شفعة له عليه ، روى ذلك عن الحسن ، والشعبي ، وروى عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز : أن له الشفعة ، وبه قال النخعي ، وإياس بن معاوية ، وحاد بن أبي سليمان ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، والعمري ، وأصحاب الرأي ، اعموم قوله عليه السلام « لا يحِلُّ له أن يبيعَ حتّى يستأذنَ شريكه ، وإن باعَهُ ولم يؤذنه فهو أحقُّ به » ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء ، فاستوى فيه المسلم ، والكافر ، كالدّ بالغيب .

ولنا ، ما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده ، عن أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا شُفْعَةٌ لِنَصْرَانِي » وهذا يخصُّ عموم ما احتجوا به ، ولأنه معني يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص ، فلم يجب للذمي على المسلم ، كالزكاة ولأنه معني يختصُّ العقار ، فأشبه الاستعلاء في البنيان .

بحققة أن الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه ، فقدّم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري . ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي . فإن حق المسلم أرجح ، ورعايته أولى ، ولأنّ ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم .

وليس الذمي في معنى المسلم ، فيبقى فيه على مقتضى الأصل ، وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي ، اعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ، ورعاية حقه فلاّن ثبتت على الذمي مع دناءته أولى ، وأخرى .

(فصل)

٤٠٤٧

وتثبت للذمي على الذمي اعموم الأخبار ، ولأنهما تساويا في الدين والحرمة ، فتثبت لأحدهما على الآخر ، كالمسلم على المسلم ولا نعلم في هذا خلافاً .

وإن تبايعوا بخمر ، أو خنزير ، وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخمر ، وقلنا : هي مال لهم حكمتنا لهم بالشفعة .

وقال أبو حنيفة : تثبت الشفعة إذا كان الثمن خراً ، لأنها مال لهم ، فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم ، لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله ، وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر .

ولنا : أنه بيع عقد بخمر ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مسلمين . ولأنه عقد بثمان محرم ، أشبه البيع بالخنزير ، والميتة ، ولانسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرّمه ، كما حرّم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالاً ، كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ، مالم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسدناه .

(فصل)

٤٠٤٨

فأما أهل البدع فنحكم بإسلامه فله الشفعة ، لأنه مسلم فتثبت له الشفعة ، كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك ، فيدخل فيها .

وقد روى حرب أن أحد سئل عن أصحاب البدع ، هل لهم شفعة ؟ ويروى عن ابن إدريس أنه قال : ليس المرافضة شفعة ، فضحك ، وقال ، أراد أن يخرجهم من الإسلام ، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة . وهذا محمول على غير الغلاة منهم ، وأما من غلا ، كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة ، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وإتاما أرسل إلى عليّ ونحوه ، ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلاشفعة له ، لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يقرّ على كفره فغيره أولى :

(فصل)

٤٠٤٩

وتثبت الشفعة للبدويّ على القرويّ وللقرويّ على البدويّ في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي ، والبقى : لاشفعة لمن لم يسكن المصر .

ولنا : عموم الأدلة وشترهما في المعنى المقتضى لوجوب الشفعة .

(فصل)

٤٠٥٠

قال أحمد في رواية حنبل : لازى في أرض السواد شفعة ، وذلك لأن أرض السواد موقوفة ، وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ، ولايصح بيعها ، والشفعة إنما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر رضي الله عنه ، وهي التي فتحت عنوة في زمنه ، ولم يقسمها ، كأرض الشام ، وأرض مصر ، وكذلك كل أرض فتحت عنوة ، ولم تقسم بين الغامعين ، إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم ، أو يفعله الإمام ، أو نائبه ، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة ، لأنه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه ، والله أعلم .

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ، ليقوم بسقيه ، وعمل سائر ما يحتاج إليه ، بجزء معلوم له من ثمره ، وإِنَّمَا سَمِيَتْ مَسَاقَاً لِأَنَّهَا مُفَاعَلَةٌ مِنَ السَّقَى ، لِأَنَّ أَهْلَ الْحِجَازِ أَكْثَرَ حَاجَةٍ شَجَرَهُمْ إِلَى السَّقَى ، لِأَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ مِنَ الْآبَارِ ، فَسَمِيَتْ بِذَلِكَ ، وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهَا السَّنَةُ ، وَالْإِجْمَاعُ .

أَمَّا السَّنَةُ : فَارَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : «عَامَلَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ» حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ : فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ ، مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَعَنْ آبَائِهِ «عَامَلَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِالشَّطْرِ»^(١) ، ثُمَّ أَبُو بَكْرٍ ، وَعُمَرُ ، وَعُثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، ثُمَّ أَهْلُهُمْ إِلَى الْيَوْمِ ، يُعْطُونَ الثَّلَاثَ ، وَالرَّابِعَ ، وَهَذَا عَمَلٌ بِهِ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ فِي مَدَّةِ خِلَافَتِهِمْ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فَلَمْ يَنْكَرْهُ مَنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، فَإِنْ قِيلَ : لَأَنْسَلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَنْكَرْهُ مَنْكَرٌ ، فَإِنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو رَوَى حَدِيثَ مُعَامَلَةِ أَهْلِ خَيْبَرَ قَدْ رَجَعَ عَنْهُ ، وَقَالَ : كُنَّا نَخْبَرُ أَرْبَعِينَ سَنَةً حَتَّى حَدَّثَنَا رَافِعُ بْنُ خَدَّيْجٍ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الْخَبَارَةِ ، وَهَذَا يَنْعِي انْقِطَاعَ الْإِجْمَاعِ ، وَيَدُلُّ عَلَى نَسْخِ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍو ، لِرُجُوعِهِ عَنِ الْعَمَلِ بِهِ ، إِلَى حَدِيثِ رَافِعٍ ، قُلْنَا : لَا يَجُوزُ حُلُّ حَدِيثِ رَافِعٍ عَلَى مَا يُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ ، وَلَا حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍو ، لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَزَلْ يُعَامِلُ أَهْلَ خَيْبَرَ حَتَّى مَاتَ ، ثُمَّ عَمِلَ بِهِ الْخُلَفَاءُ بَعْدَهُ ، ثُمَّ مَنْ بَعْدَهُمْ ، فَكَيْفَ يَتَصَوَّرُ نَهْيُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ شَيْءٍ ثُمَّ يُخَالِفُهُ ؟ أَمْ كَيْفَ يُعْمَلُ بِذَلِكَ فِي عَصْرِ الْخُلَفَاءِ ، وَلَمْ يُخْبَرْهُمْ مَنْ سَمِعَ النَّبِيَّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَهُوَ حَاضِرٌ مَعَهُمْ ، وَعَالِمٌ بِفَعْلِهِمْ ، فَلَمْ يُخْبَرْهُمْ ، فَلَوْ صَحَّ خَبَرُ رَافِعٍ لَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى مَا يُوَافِقُ السَّنَةَ ، وَالْإِجْمَاعَ .

وَعَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ فِي تَفْسِيرِ خَبَرِ رَافِعٍ عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ قَوْلِنَا ، فَرَوَى الْبُخَارِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، قَالَ : كُنَّا نُنْكِرُ الْأَرْضَ بِالنَّاحِيَةِ مِنْهَا تُسَمَّى لِسَيِّدِ الْأَرْضِ ، قَرِيبًا يُصَابُ ذَلِكَ ، وَتُسَلَّمُ الْأَرْضُ ، وَرُبَّمَا تُصَابُ الْأَرْضُ وَيَسَلَّمُ ذَلِكَ ، فَفَهْمُنَا ، فَأَمَّا الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ فَلَمْ يَسْكُنْ يَوْمَئِذٍ ، وَرَوَى تَفْسِيرُهُ أَيْضًا بِشَيْءٍ غَيْرِ هَذَا مِنْ أَنْوَاعِ الْفَسَادِ ، وَهُوَ مُضْطَرِبٌ جَدًّا ، قَالَ الْأَزْهَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدَّيْجٍ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمَزْرَاعَةِ ، فَقَالَ رَافِعٌ : رَوَى عَنْهُ فِي هَذَا ضُرُوبٌ ، كَأَنَّهُ يُرِيدُ أَنَّ اخْتِلَافَ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ يُوهِنُ حَدِيثَهُ ، وَقَالَ طَاوُسٌ : إِنْ أَعْلَمَهُمْ ، يَعْنِي ابْنَ عَبَّاسٍ ، أَخْبَرَنِي أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَنْهَ عَنْهُ ، وَلَسْكَنَ قَالَ : لِأَنَّ يَمْنَجَ أَحَدَكُمْ أَخَاهُ أَرْضَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ

يَأْخُذَ عَلَيْهِمْ خَرَجًا مَعْلُومًا ، رواه البخاري ومسلم ، وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمرٍ فعله النبي صلى الله عليه وسلم حتى مات ، وهو يفعله ، ثم أجمع عليه خلفاؤه ، وأصحابه بعده بخير لا يجوز العمل به ، ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر ، فقد أنكر على رافع ، ولم يقبل حديثه ، وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك ، فإن كثيراً من أهل النخيل ، والشجر ، يعجزون عن عمارته ، وسقيه ، ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ، ويحتاجون إلى الثمر في تجويز المساقاة دفع للحاجتين ، وتحصيل لمصلحة الفئتين ، فجاز ذلك كالمضاربة بالأثمان .

﴿ مسألة ﴾

٤٠٥١

قال أبو القاسم ﴿ ويجوز المساقاة في النخل ، والشجر والسكرم ، بحوزه معلوم ، يُجْعَلُ للعامل من الثمر ﴾ وجملة ذلك : أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر ، هذا قول الخلفاء الراشدين ، رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد ابن المسيب ، وسالم ومالك ، والثوري ، والأوزاعي وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وقال داود : لا يجوز إلا في النخيل ، لأن الخبز إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل ، والسكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتها ، وفي سائر الشجر قولان :

أحدهما : لا يجوز فيه : لأن الزكاة لا تجب في نمائه ، فأشبهه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر : لا يجوز بحال ، لأنها إجارة بثمره لم تخلق ، أو إجارة بثمره مجهولة ، أشبهه إجارة بنفسه بثمره غير الشجر الذي يسقيه . ولنا : السنة ، والإجماع ، ولا يجوز التمويل على ما خالفهما ، وقولهم إنها إجارة غير صحيح ، إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه ، فهو كالمضاربة ، وينكسر ما ذكره بالمضاربة ، فإنه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول ، وقد جاز بالإجماع ، وهذا في معناه ، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المدومة للحاجة ، فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، أو الجمع عليه ، فأما في إبطال نص ، وخرق إجماع بقياس نص آخر ، فلا سبيل إليه .

وأما تخصيص ذلك بالنخيل ، أو به وبالسكرم ، فيخالف عموم قوله : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها ، من زرع ، أو ثمر ، وهذا عام في كل ثمر ، ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل ، وقد جاء في لفظ بعض الأخبار : أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل ، والشجر ، ولأنه شجر يُثمر كل حول ، فأشبهه النخيل ، والسكرم ، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه ، كالنخل ، وأكثر لكثرتة ، فجازت المساقاة عليه ، كالنخل . ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ، ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه .

٤٠٥٢

(فصل)

فأما ما لا ثمر له من الشجر ، كالنصف ، والجوز ، ونحوهما ، أو له ثمر غير مقصود ، كالصنوبر ، والأرز ، فلا تجوز المساقاة عليه ، وبه قال مالك ، والشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة ، وهذا لأثره له ، إلا أن يكون بما يُقصد ورقه كالتوت ، والورد ، فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه ، لأنه في معنى الثمر ، لأنه نماء يتكرر كل عام ، ويمكن أخذه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبت له مثل حكمه .

٤٠٥٣

(فصل)

وإن ساقاه على ثمرة موجودة ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين .
إحداها : تجوز ، وهو اختيار أبي بكر ، وهو قول مالك . وأبي يوسف ، ومحمد وأبي ثور ، وأحد قولي الشافعي : لأنها إذا جازت في المدومة مع كثرة الفرر فيها ، فمع وجودها ، وقلة الفرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة ، كالتأبير ، والسقي ، وإصلاح الثمرة ، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة ، كالجدد ، ونحوه لم يجز بغير خلاف .

والثانيه : لا تجوز ، وهو القول الثاني للشافعي . لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص .
فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر ، مما يخرج من ثمر ، أو زرع ، ولأن هذا يُنفى إلى أن يستحق بالمقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساق ، فلم يصح ، كما لو بدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه ، فلم يجز بعد ظهور النماء ، كالمضاربة ، ولأن هذا جعل المقصد إجارة بمعلوم ، ومجهول ، فلم يصح ، كما لو استأجره على العمل بذلك .

وقولهم : إنه أقل غرراً قلنا : قلة الفرر ليست من المقتضى للجواز ، ولا كثرة الموجود في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ، ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما ، على ما شرطاه ، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به ، كما لو بدا صلاح الثمرة ، كالمضاربة بعد ظهور الربح .

٤٠٥٤

(فصل)

فأما قول الخرقى (بجزء معلوم يُحمل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين .
أحدهما : أن المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة ، مُشاع ، كالنصف ، والثلث ، لحديث

ابن عمر : عامل أهل خيبر بشطرنج ما يخرج منها ، وسواء قلّ الجزء أو كثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء ، وجعل جزءاً منها لنفسه ، والباقي للعامل جاز ، مالم يفعل ذلك حيلةً ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة ، كالخُمسين ، وثلاثة أثمان ، أو سدس ، ونصف سبع ، ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء مبهم ، كالسهم والجزء والنصيب ، والحظ ، ونحوه لم تجز ، لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما .

ولو ساقاه على أصح معلومة ، أو جعل مع الجزء المعلوم أصحاً لم تجز . لأنه ربما لم يحصل ذلك ، أو لم يحصل غيره ، فيستضر ربُّ الشجر ، أو ربّما كثر الحاصل ، فيستضرّ العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بمينها لم يجز ، لأنها قد لا تحمل ، فتكون الثمرة كلّها لربّ المال ، وقد لا تحمل غيرها ، فتكون الثمرة كلّها للعامل ، ولهذا العلة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المزارعة التي يجعل فيها لربّ الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً .

قال رافع : « كنّا نسكرى الأرض كلّ أن لنا هذه ، ولهم هذه ، فربّما أخرجت هذه ، ولم تُخرج هذه ، ففهمنا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينفها » متفق عليه ، فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمره كلّها لربّ المال ، لأنها نماء مملوكه ، وللعامل أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة .

الثاني : أن الشرط للعامل . لأنه إنما يأخذ بالشرط ، فالشرط يُراد لأجله ، وربّ المال يأخذ بماله ، لا بالشرط ، فإذا قال : ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صحّ ، وكان الباقي لربّ المال ، وإن قال : على أن لي ثلث الثمرة ، فقال ابن حامد . يصحّ ، والباقي للعامل ، وقيل : لا يصحّ .

وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما ؟ فهو للعامل ، لأن الشرط يُراد لأجله ، كما ذكرنا .

(فصل)

٤٠٥٥

إذا كان في البستان شجر من أجناس ، كالتين ، والزيتون ، والكمثرى ، والرمان ، فشرط للعامل من كلّ جنس قدرأ ، كنصف ثمر التين ، وثلث الزيتون ، وربيع الكرم ، وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس ، فشرط من كلّ نوع قدرأ وما يعلمان قدر كلّ نوع صحّ . لأن ذلك كأربعة بساتين ، ساقاه على كلّ بستان بقدر يخالف للقدر المشروط من الآخر .

وإن لم يعلم قدره ، أو لم يعلم أحدهما . لم يجز ، لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل ، أو أكثره مما شرط فيه الكثير .

ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا ، والثالث من هذا صح . لأنها صفقة واحدة ، جمعت عوضين ، فصار كأنه قال : بعثك دارى هاتين : هذه بألف ، وهذه بمائة ، وإن قال ، بالنصف من أحدهما ، والثالث من الآخر لم يصح ، لأنه مجهول ، لا يدري أيهما الذى يستحق نصفه ، ولا الذى يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد : نصفه هذا بالنصف ، ونصفه هذا بالثالث ، وهما متميزان صح ، لأنهما كبستانين .

(فصل)

٤٠٥٦

وإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما . وثالث نصيب الآخر ، والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز . لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشترط ما اتفقا عليه . وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجوز ، لأنه غرر ، فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف ، فيقل حظه ، وقد يكثر . فيتوفر حظه .

فأما إن شرطاً قدرأ واحداً من مالها جاز . وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما . لأنها جهالة . لا غرر فيها . ولا ضرر . فصار كما لو قال : بعناك دارنا هذه بألف ؛ ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز ، لأنه أى نصيب كان ، فقد علم عوضه ، وعلم جملة المبيع ، فصح كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنتين جاز ويجوز أن يشترط لها التساوى فى النصيب ، ويجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من الآخر .

(فصل)

٤٠٥٧

ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له فى الأولى النصف ، وفى الثانية الثالث ، وفى الثالثة الربع جاز . لأن قدر ماله فى كل سنة معلوم فصح ، كما لو شرط له من كل نوع قدرأ .

(فصل)

٤٠٥٨

ولو دفع إلى رجل بستاناً ، فقال : مازرعت فيه من حنطة فى ربهه ، ومازرعت من شعير فى ثلثه ، ومازرعت من باقلى فى نصفه لم يصح لأن ما يزرعه من كل واحد من هذه الأصناف مجهول القدر ، فجرى مجرى ماله شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع الآخر ، وهو جاهل بما فيه منهما .

وإن قال : إن زرعته حنطة فى ربعها . وإن زرعته شعيراً فى ثلثه ، وإن زرعته باقلى فى نصفه لم يصح أيضاً . لأنه لا يدري ما يزرعه ، فأشبه ماله قال : بعثك بعشرة صحاح ، أو أحد عشرة مكسرة ، وفيه رجه آخر : أنه يصح بناء على قوله فى الإجارة : إن خطته رومياً فلك درهم ، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم ، فإنه يصح فى المنصوص عنه ، فيخرج ههنا مثله ، وإن قال : مازرعتها من شىء فى نصفه صح . لأن

النبي صلى الله عليه وسلم ساق أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر ، أو زرع ، ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقي ، ويؤتا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع . إما بتقدير البذر . وإما بتقدير المكان ، وتعيينه ، أو بمساحته ، مثل أن قال : تزرع هذا المكان حنطة ، وهذا شعيراً ، وتزرع مدين حنطة ، ومدين شعيراً ، أو تزرع قفيزاً حنطة ، وقفيزين شعيراً ، جاز . لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكفى به .

(فصل)

٤٥٩

وإن ساقاه على أنه إن سقى سيحاً ، فله الثلث . وإن سقى بكلفة فله النصف لم يصح . لأن العمل مجهول ، والنصيب مجهول ، وهو في معنى بيعتين في بيعة ، ويتخرج أن يصح قياساً على مسألة الإجارة ، ولو قال : لك الخدمان إن كانت عليك خسارة . وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح . نص عليه أحمد ، وقال : هذا شرطان في شرط ، وكرهه ، وهذا في معنى المسألة التي قبلها ، ويخرج فيها مثل ما خرج فيها .

ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث ، على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح . لأنه شرط عقد في عقد ، فصار في معنى بيعتين في بيعة ، كقوله : بمثلك ثوبى على أن تبيعنى ثوبك ، وإنما فسد لمعنيين :

أحدهما : أنه شرط في العقد عقداً آخر ، والنفع الحاصل بذلك مجهول ، فسد لأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول .

الثاني : أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط ، فيسقط الشرط ، وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لأجله ، وذلك مجهول ، فيصير الكل مجهولاً .

(فصل)

٤٦٠

وإن ساق أحد الشريكين شريكه ، وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه ، مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين ، فجعل له الثلثين من الثمرة صح ، وكان السدس من حصته المساقاة ، فصار كأنه قال : ساقيتك على نصيبى بالثلث ، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين ، أو على أن يكون للعامل الثلث ، فهي مساقاة فاسدة ، لأن العامل يستحق نصفها بملكه ، ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً .

وإذا شرط له الثلث ، فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ، ويستعمله بلا عوض ، فلا يصح ، فإذا عمل في الشجر بناءً على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين ، بحكم الملك ، ولا يستحق العامل بعمله شيئاً ، لأنه تبرع به ، لرضاه بالعمل بغير عوض ، فأشبهه ما لو قال له : أنا أعمل فيه بغير شيء ، وذكر

أصحابنا وجهاً آخر : أنه يستحق أجر مثله ، لأن المساقاة تقتضى عوضاً ، فلا تسقط برضاه بإسقاطه ، كالنكاح ، ولم يَسلَم له العوض ، فيكون له أجر مثله .

ولنا : أنه عمل في مال غيره مقبرعاً ، فلم يستحق عوضاً ، كما لو لم يعقد المساقاة ، ويفارق النكاح لوجهين :

أحدهما : أن عقد النكاح صحيح ، فوجب به العوض لصحته ، وهذا فاسد لا يوجب شيئاً .

والثاني : أن الأفضاع لا تستباح بالبذل ، والإباحة ، والعمل ههنا يستباح بذلك ، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد ، أو بالإصابة ، أو بهما ، فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين :

أحدهما : أن النكاح صحيح ، وهذا فاسد .

والثاني : أن العقد ههنا لا يوجب ، ولو أوجب لأوجب قبل العمل ، ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً ، وإن وجب بالإصابة لم يصح القياس عليها لوجهين :

أحدهما : أن الإصابة لا تستباح بالإباحة ، والبذل ، بخلاف العمل .

والثاني : أن الإصابة لو خلت عن العقد لأوجبت ، وهذا بخلافه ، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها .

فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معاً ، فالمساقاة فاسدة ، والثمره بينهما على قدر ملكيتهما ، ويتقاصان العمل . إن تساويا فيه ، وإن كان لأحدهما فضل نظرت ، فإن كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر الثل ، وإن لم يشترط له شيء فلا شيء له ، إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا ، وتكلمنا عليه .

(فصل)

٤٠٦١

وتصح المساقاة على البعل^(١) من الشجر ، كما تجوز فيما يحتاج إلى سقي ، وبهذا قال مالك : ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة ، لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك ، كدعائها إلى المعاملة في غيره ، فيقاس عليه ، وكذلك الحكم في المزارعة .

(فصل)

٤٠٦٢

ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية ، أو بالصفة التي لا يختلف معها . كالبيع . فإن ساقاه على

(١) البعل : هو ما يشرب بمروقه من الأرض .

بستان بغير رؤية ، ولا صفة لم يصح ، لأنه عقد على مجهول ، فلم يصح ، كالبيع ، وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها ، باختلاف الأعيان ، فلم يجوز على غير مدين ، كالبيع .

٤٠٦٣

(فصل)

وتصح المساقاة بلفظ المساقاة ، وما يؤدى معناها من الألفاظ ، نحو علمتلك ، وفالحتك ، وأعمل في بستانى هذا ، حتى تكمل ثمرته ، وما أشبه هذا ، لأن القصد المعنى ، فإذا أتى به بأى لفظ دل عليه صح ، كالبيع ، وإن قال : استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يصح ، ذكره أبو الخطاب ، لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوماً ، والعمل معلوماً ، وتكون لازمة ، والمساقاة بخلافه .

والثانى : يصح . وهو أقيس ، لأنه مؤدى للمعنى ، فصح به العقد ، كسائر الألفاظ المتفق عليها . وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد : تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة ، على أن البذر ، والعمل من العامل ، وما ذكر من شروط الإجارة إنما يعتبر فى الإجارة الحقيقية ، أما إذا أريد بالإجارة المزارعة ، فلا يشترط لها غير شرط المزارعة .

٤٠٦٤

(فصل)

ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة ، وزيادتها ، مثل حرث الأرض تحت الشجر ، والبقر التى تحرث ، وآلة الحرث ، وسقى الشجر ، واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء ، وتنقيتها ، وقطع الحشيش المضّر ، والشوك ، وقطع الشجر اليابس ، وزبار الكرم ، وقطع ما يحتاج إلى قطعه ، ونسوية الثمرة ، وإصلاح الأجاجين ، ودى الحفر التى يجتمع فيها الماء على أصول النخل ، وإدارة الدولاب ، والحفظ للثمر فى الشجر ، وبعده ، حتى يقسم ، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه ، وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل ، كسد الحيطان ، وإنشاء الأنهار ، وعمل الدولاب ، وحفر بئر ، وشراء ما يلقح به ، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال : كل ما يتكرر كل عام ، فهو على العامل ، وما لا يتكرر فهو على رب المال ، وهذا صحيح فى العمل ، فأما شراء ما يلقح به فهو على رب المال ، وإن تكرر ، لأن هذا ليس من العمل ، فأما البقرة التى تُدير الدولاب فقال أصحابنا : هى على رب المال ، لأنها ليست من العمل ، فأشبهت ما يلقح به ، والأولى أنها على العامل ، لأنها تُراد للعمل ، فأشبهت بقر الحرث ، ولأن استقاء الماء على العامل . إذا لم يحتاج إلى بهيمة ، فسكان عليه ، وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال . وقال بعض أصحاب الشافعى : ما يتعلق بصلاح الأصول والثمره معاً ، كالسكسح للنهر ، والثور هو

على من شرط عليه منهما ، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الأرض بالزبل إن احتاجت إليه ، فشرأ ذلك على رب المال ، لأنه ليس من العمل ، فجري مجرى ما يلقح به ، وتفريق ذلك في الأرض على العامل ، كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ، ولم يبينا ما على كل واحد منهما ، فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه ، وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر ، فقال القاضى ، وأبو الخطاب : لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة ، وهو مذهب الشافعى . لأنه شرط بخالف مقتضى العقد ، فأفسده ، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال .

وفد روى عن أحمد ما يدل على صحة ذلك ، فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما ، فإن شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الخرقى في المضاربة . لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ، ولا مفسدة فيه ، فصح ، كتأجيل الثمن في المبيع ، وشرط الرهن ، والضمين ، والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضى إلى التنازع ، والتواكل ، فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل ، لأن العامل يستحق بعمله ، فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه ، فلا يستحق شيئاً .

(فصل —)

٤٠٦٥

فأما الجذاذ ، والحصاد ، والألقاط ، فهو على العامل ، نص أحمد عليه في الحصاد ، وهو مذهب الشافعى لأنه من العمل ، فكان على العامل ، كالشميس .

وروى عن أحمد في الجذاذ : أنه إذا شرط على العامل جفاً ، لأن العمل عليه ، وإن لم يشترطه فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه ، فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما ، وأجاز اشتراطه على العامل ، وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن : تفسد المساقاة بشرطه على العامل ، لأنه شرط يناهى مقتضى العقد ، واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تسكامل الثمرة ، وانقضاء المعاملة ، فأشبهه نقله إلى منزله . ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، دفع خير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم ، ولأن هذا من العمل فيكون عليه ، كالشميس ، وما ذكروه ، يبطل بالشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل ، فإنه يكون بعد القسمة ، وزوال العقد ، فأشبهه المحزن .

(فصل —)

٤٠٦٦

وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال ، لأن عملهم كعمله ، فإن يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب : فيه وجهان : أحدهما : كما ذكرنا .

والثاني : يجوز . لأن غلمانه ماله ، فجاز أن تعمل تبعاً لماله ، ككثور الدولاب ، وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً ، وهذا قول مالك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلماناً يعملون معه فنفتهم على ما بشرطان عليه ، فإن أطلقا ، ولم يذكر نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : نفقتهم على المساق ، ولا ينبغي أن بشرطها على رب المال ، لأن العمل على المساق ، فؤونة من يعمله عليه ، كمؤونة غلمانه .

ولنا : أنه مملوك رب المال ، فكانت نفقته عليه عند الإطلاق ، كما لو أجره ، فإن شرطها على العامل جاز ، ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي . وقال محمد بن الحسن : يشترط تقديرها . لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه ، فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط .

ولنا : أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ، ولا يجب ذكر صفاتها ، فلم يجب تقديرها ، ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية ، أو صفة تحصل بها معرفتهم ، كما في عقد الإجارة .

(فصل)

٤٠٦٧

وإن شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة ، وقدر الأجرة ، لم يصح ، لأن العمل عليه ، فإذا شرط أجره من المال لم يصح ، كما لو شرط لنفسه أجر عمله ، وإن لم يقدره فسد لذلك ، ولأنه مجهول ، ويُمارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الختالين ، ونحوهم . لأن ذلك لا يلزم العامل ، فكان على المال ، ولو شرطاً أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كما قلنا .

(فصل)

٤٠٦٨

ظاهر كلام أحمد أن المساقاة ، والمزارة من العقود الجائزة ، أو ما إليه في رواية الأثرم ، وسئل عن الأكار يخرج نفسه من غير أن يخرجها صاحب الضيعة ، فلم يمنعه من ذلك ، ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد ، وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا : هو عقد لازم ، وهو قول أكثر الفقهاء . لأنه عقد معاوضة ، فكان لازماً ، كالإجارة ، ولأنه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة ، فيسقط حق العامل ، فيستضر .

ولنا : ما روى مسلم بإسناده ، عن ابن عمر : أن اليهود سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُقرّم بخير ، على أن يعملوها ، ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ما يخرج منها ، من ثمر ، أو زرع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نَقَرَكُم عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا » ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ، ولا أن يجعل الخبرة إليه في مدة إقرارهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه أنه قدر لهم قالك بمدة ، ولو قدر لم يترك نقله . لأن هذا مما يحتاج إليه ، فلا يجوز الإخلال بنقله ، وعمر رضى الله عنه

أجلهم من الأرض ، وأخرجهم من خير ، ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يحز إخراجهم منها . ولأنه عقد على جزء من ثمن المال ، فكان جائزاً ، كالمضاربة ، أو عقد على المال بجزء من ثمنه ، أشبه المضاربة ، وفارق الإجارة . لأنها بيع ، فكانت لازمة ، كبيع الأعيان ، ولأن عوضها مقدّر معلوم ، فأشبهت البيع ، وقياسهم ينتقض بالمضاربة ، وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة ، بقياسها عليها أولى .

وقولهم إنه يُنقض إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة ، قلنا : إذا ظهرت الثمرة ، فهي تظهر على ملكهما ، فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ، ولا غيره ، كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح ، فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ، ولذلك لم يضرب النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا خلفاؤه رضی الله عنهم لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملهم ، ولأنه عقد جائز ، فلم يفتقر إلى ضرب مدة ، كالمضاربة ، وسائر العقود الجائزة .

ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه ، وعلى العامل تمام العمل ، كما يلزم المضارب بيع العروض ، إذا فسخ المضاربة بعد ظهور الربح .

وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له ، لأنه رضى بإسقاط حقه ، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله .

وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل . لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض ، فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة ، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح . لأن عمل هذا مُفَضَّل إلى ظهور الثمرة غالباً ، فلو الفسخ لظهرت الثمرة ، فلك نصيبه منها ، وقد قطع ذلك بفسخه ، فأشبه فسخ الجعالة ، بخلاف المضاربة ، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ، ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها ، والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً .

فأما إن قلنا : إنه عقد لازم ، فلا يصح إلا على مدة معلومة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور : يصح من غير ذكر مدة ، ويقع على سنة واحدة ، وأجازه بعض أهل الكوفة استحصاناً ، لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصيل الثمرة فيها .

ولنا . أنه عقد لازم ، فوجب تقديره بمدة ، كالإجارة ، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة ، لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ، ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها ، لأنه يُنقض إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته ، فيصير كالمالك ، ولا يمكن تقديره بالسنة ، لأنه تحكّم ، وقد تكلّم الثمرة في أقل من السنة .

فعلى هذا : لا تتقدر أكثر المدة ، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها ، وإن طالت ، وقد قيل : لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة ، وهذا تحكّم ، وتوقيت لا يُصار إليه إلاّ بنصّ أو إجماع ، فأما أقلّ المدة فيتقدّر بمدّة تسكّل الثمرة فيها ، فلا يجوز على أقلّ منها . لأنّ المقصود أن يشترك في الثمرة ، ولا يوجد في أقلّ من هذه المدة ، فإن ساقاه على مدّة لا تسكّل فيها الثمرة ، فالمساقاة فاسدة ، فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تسكّل فله أجر مثله في أحد الوجهين ، وفي الآخر لا شيء له ، لأنه رضى بالعمل بغير عوض ، فهو كالتبرّع ، والأول أصحّ ، لأن هذا لم يرض إلا بعوض ، وهو جزء من الثمرة ، وذلك الجزء موجود ، غير أنه لا يمكن تسليمه إليه ، فلما تعذّر دفع العوض الذي اتفقا عليه إليه كان أجر مثله ، كما في الإجارة الفاسدة ، وفارق التبرّع ، فإنه رضى بغير شيء .

وإن لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصحّ الوجهين . لأنه رضى بالعمل بغير عوض ، وإن ساقاه إلى مدّة تسكّل فيها الثمرة غالباً ، فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للعامل ، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه ، فأشبه المضاربة إذا لم تربح فيها .

وإن ظهرت الثمرة ، ولم تسكّل فله نصيبه منها ، وعليه إتمام العمل فيها ، كما لو انفسخت قبل كمالها . وإن ساقاه إلى مدّة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ، ويحتمل أن لا يكون ففي صحّة المساقاة وجهان : أحدهما : تصحّ . لأن الشجر يحتمل أن يحمل ، ويحتمل أن لا يحمل ، والمساقاة جائزة فيه .

والثاني : لا يصحّ . لأنه عقد على معدوم ، ليس الغالب وجوده ، فلم تصحّ ، كالسلم في مثل ذلك ، ولأن ذلك غرر أمكن التحرّز عنه ، فلم يحز العقد معه ، كما لو شرط ثمر نخلة بعينها ، وفارق ما إذا شرط مدّة تسكّل فيها الثمرة ، فإن الغالب أن الشجر يحمل ، واحتمال أن لا يحمل نادر ، لم يمكن التحرّز عنه ، فإن قلنا : العقد صحيح فله حصّته من الثمر ، فإن لم يحمل فلا شيء له ، وإن قلنا : هو فاسد استحقّ أجر المثل ، سواء حمل ، أو لم يحمل لأنه لم يرض بغير عوض ، ولم يسلم له العوض ، فكان له العوض وجهاً واحداً ، بخلاف ما لو جمل الأجل إلى مدّة لا يحمل في مثلها غالباً ، ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل فله حقه منها ، إذا قلنا بصحّة العقد ، وإن خرجت بعده فلا حق له فيها ، ومذهب الشافعيّ في هذا قريب مما ذكرنا .

(فصل)

٤٦٠٩

ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط ، لأنها إن كانت جائزة فالجائز مستغنٍ بنفسه عن الخيار فيه . وإن كانت لازمة فإذا فسخ لم يمكن ردّ العقود عليه ، وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس . فلا يثبت إن كانت جائزة لما تقدّم ، وإن كانت لازمة فعلى وجهين :

أحدهما : لا يثبت ، لأنها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح .

والثاني : يثبت . لأنه عقد لازم ، يقصد به المال ، أشبه البيع .

(فصل)

٤٠٧٠

ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر إلى ضرب مدّة . لأن إبقاءها إليهما ، وفسخها جائز ، لكل واحد منهما متى شاء ، فلم تحتاج إلى مدّة ، كالمضاربة ، وإن قدرها بمدّة جاز . لأنه لا ضرر في التقدير ، وقد تبيننا جواز ذلك في المضاربة ، والمساقاة مثلها ، وتنفسخ بموت كل واحد منهما ، وجنونه ، والحجر عليه لسفه ، كقولنا في المضاربة ، فإذا مات العامل ، أو رب المال انفسخت المساقاة ، فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ، ويقوم الوارث مقام الميت منهما . لأنه عقد لازم . فأشبهه الإجارة . لكن إن كان الميت العامل . فأبى وارثه القيام مقامه لم يحز لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه إلا ما أمكن دفعه من تركته . والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه .

فعلى هذا : يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تسكن له تركة ، أو تعذر الاستئجار منها . فلرب المال الفسخ . لأنه تعذر استيفاء العقود عليه . فيثبت الفسخ . كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه .

ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقي من العمل ، واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتيج إلى بيع الجميع ، بيع ، ثم لا يحل : إما أن تسكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد ، فإن كانت قد بدا صلاحها خیر المالك بين البيع والشراء ، فإن اشترى نصيب العامل جاز ، وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه ، وباع الحاكم نصيب العامل ، وإن أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده ، وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من عمله ، وما فضل لورثته .

وإن كان لم يبد صلاحها خیر المالك أيضاً ، فإن بيع لأجنبي لم يحز إلا بشرط القطع ، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده ، لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك ، فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل ، لقولنا بجوازها ، وأبى الوارث العمل ، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ ، إذا قلنا بلزومها ، ويستأذن الحاكم في الإنفاق على الثمرة ، ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم ، فأنفق محتسباً بالرجوع ، وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه مضطر ، وإن أمكنه استئذان الحاكم ، فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه ، فهل

يرجع بذلك ؟ على وحمين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء ، كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء .

(فصل)

٤٠٧١

وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ ، لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم المومات ، وأبى وارثه أن يقوم مقامه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا ، وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال ، أو غيره فعل . وإن لم يمكنه ، ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل ، فإن لم يجد ، فلرب المال الفسخ ، أما الميت فلا يقتض عليه ، لأنه لازمة له .

(فصل)

٤٠٧٢

والعامل أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك ، وما يدعي عليه من خيانة ، لأن رب المال انتمنه بدفع ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فإن اتهم حلف ، فإن ثبتت خيانتة بإقرار ، أو ببينة ، أو نكوله ضم إليه من يشرف عليه ، فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب مالك : لا يُقام غيره مقامه ، بل يُحفظ منه ، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبهه ما لو فسق بغير الخيانة .

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه ، فاستوفيت غيره ، كما لو هرب ، ولانسلم إمكان استيفاء المنافع منه ، لأنه لا يؤمن من تركها ، ولا يوثق منه بفعلها ، ولا نقول إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك بعمل ذلك ، وارفع يدك عنها ، لأن الأمانة قد تمدرت في حقك ، فلا يلزم رب المال ائتمانك ، وفارق فسقه بغير الخيانة ، فإنه لا ضرر على رب المال ، وههنا يفوت ماله .

(فصل)

٤٠٧٣

فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضم إليه غيره ، ولا ينزع من يده ، لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالسكينة أقام مقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الموضعين ، لأن عليه توفية العمل ، وهذا من توفيقته .

(فصل)

٤٠٧٤

وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل ، فاقول قول رب المال ، ذكره ابن حامد ، وقال مالك : القول قول العامل ، إذا ادعى ما يشبهه ، لأنه أقوى سبباً لتسلمه للجانط ، والعمل ، وقال الشافعي : يتحالفان ، وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر .

ولنا : أن ربّ المال منكر للزيادة التي ادّعاها العامل ، فيكون القول قوله لقوله عليه السلام « البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » فإن كان مع أحدهما بيّنة حكم بهما ، وإن كان مع كل واحد منهما بيّنة ففي أيّهما تقدّم بيّنته ؟ وجهان ، بناءً على بيّنة الداخل ، والخارج ، فإن كان الشجر لائنين ، فصدّق أحدهما العامل ، وكذّبه الآخر ، أخذ نصيبه من مال المصدق ، فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً ، لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع ضرراً ، ويحلف مع شاهده ، وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كعدمها ، ولو كان العامل اثنين ، وربّ المال واحداً ، فشهد أحدهما على صاحبه ، قبلت شهادته أيضاً ، لما ذكرنا .

٤٠٧٥

(فصل)

ويملك العامل حصّته من الثمرة بظهورها ، فلو أتلفت كلّها إلّا واحدة كانت بينهما ، وهذا أحد قولي الشافعيّ ، والثاني يملكه بالمقاسمة ، كاقراض .

ولنا : أن الشرط صحيح ، فيثبت مقتضاه ، كسائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كلّ حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ، ولا ملكها ، كالأصول ، وأما القراض ، فإنه يملك الربح فيه بالظهور ، كما قلنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال ، فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه ، وهذا ليس بوقاية لشيء ، ولذلك لو تلفت الأصول كلّها كانت الثمرة بينهما .

فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كلّ واحد منهما زكاة نصيبه ، إذا بلغت حصّته نصاباً ، نصّ عليه أحمد في المزارعة ، وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب ، لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح ، وعنه أنها تؤثر ، فتؤثر ههنا ، فيبدأ بإخراج الزكاة ، ثم يقسّم ما بقي .

وإن كانت حصّة أحدهما تبلغ نصاباً دون الآخر ، فعلى من بلغت حصّته نصاباً الزكاة ، دون الآخر ، يخرجها بعد المقاسمة . إلا أن أن يكون لمن لم تبلغ حصّته نصاباً ما يتمّ به النصاب من موضع آخر ، فتجب عليهما جميعاً الزكاة ، وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصّته يبلغان بمجموعهما نصاباً ، فعليه الزكاة في حصّته .

وإن كان أحد الشريكين ممن لازكاة عليه ، كالسكّاب ، والذميّ ، فعلى الآخر زكاة حصّته ، إن بلغت نصاباً ، وبهذا كلّهم قال مالك ، والشافعيّ ، وقال الليث : إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ، ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي .

ولنا أن النصرانيّ لازكاة عليه ، فلا يخرج من حصّته شيء ، كما لو انفرد بها ، وقد روى أبو داود في السنن ، عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رَوَاحَةَ

فَيَخْرُصُ^(١) النَّخْلَ حِينَ يَطِيبُ قَبْلَ أَنْ يُؤْكَلَ مِنْهُ ، ثُمَّ يُخَيَّرُ يَهُودَ خَيْبَرَ : أَيَأْخُذُونَهُ بِذَلِكَ الْخَرْصِ ، أَمْ يَدْفَعُونَهُ إِلَيْهِمْ بِذَلِكَ الْخَرْصِ ، لَسْكَى تُحْصَى الزَّكَاةُ قَبْلَ أَنْ تُؤْكَلَ الثَّمَارُ ، وَتَفَرَّقَ .
 قَالَ جَابِرٌ : خَرَصَهَا ابْنُ رَوَاحَةَ أَرْبَعِينَ أَلْفَ وَسَقٍ ؛ وَزَعَمَ أَنَّ الْيَهُودَ لَمَّا خَيَّرَهُمْ ابْنُ رَوَاحَةَ أَخَذُوا الثَّمَرُ وَعَلَيْهِمْ عَشْرُونَ أَلْفَ وَسَقٍ^(٢) .

(فصل)

٤٠٧٦

وإن ساقاه على أرض خراجية ، فالخارج على رب المال . لأنه يجب على الرقبة ، بدليل أنه يجب ، سواء أثمرت الشجرة ، أو لم تُثمر ، ولأن الخراج يجب أجرة للأرض ، فكان على رب الأرض ، كما لو استأجر أرضاً ، وزارع غيره فيها ، وبهذا قال الشافعي ، وقد نُقل عن أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها ، وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان ، فعلى من يقبلها أن يؤدى وظيفة عمر رضى الله عنه ، ويؤدى العُشْرَ بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم . إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ، ويؤدى خراجها ، فإنه يبدأ فيؤدى خراجها ، ثم يزكى ما بقى ، كما ذكره الخرقى في باب الزكاة ، ولا تنافي بين ذلك ، وبين ما ذكرناه هنا ، إن شاء الله تعالى .

﴿ مسألة ﴾

٤٠٧٧

قال ﴿ ولا يجوز أن يجعل له فضل دارهم ﴾

يعنى : إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ، ودرام معلومة ، كعشرة ، ونحوها لم يجز بغير خلاف ، لأنه ربما لم يحدث من النماء ما يساوى تلك الدراهم ، فيتضرر رب المال ، ولذلك منعنا من اشتراط أقفزة معلومة ، ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ، ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التى ساقاه فيها ، أو ثمر شجرة غير الشجر الذى ساقاه عليه ، أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذى ساقاه عليه ، أو عملاً في غير السنة فسد العقد ، سواء جعل ذلك كل حقه ، أو بعضه ، أو جميع العمل ، أو بعضه ، لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها : أن يعمل في شجر معين بجزء مُشاعٍ من ثمرته في ذلك الوقت الذى يستحق عليه فيه العمل .

(فصل)

٤٠٧٨

وإذا ساق رجل ، أو زارعه ، فعامل العامل غيره على الأرض ، والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال

(١) يخرص النخل : يقدر ما عليها من الرطب كم يبلغ إذا صار تمرأ .

(٢) الوسق ستوث صاعاً .

أبو يوسف ، وأبو ثور ، وأجازته مالك ، إذا جاء رجل أمين . ولنا أنه عامل في المال يجزء من ثمنائه ، فلم يجز أن يعامل غيره ، كالمضارب ، ولأنه إنما أذن له في العمل فيه ، فلم يجز أن يأذن لغيره ، كالوكيل ، فأنما إن استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها ، لأنها صارت منافعها مستحقة له ، فلاك المزارعة فيها ، كالمالك والأجرة على المستأجر ، دون المزارع ، كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها ، لأنه بمنزلة المستأجر لها ، والموقوف عليه أن يزارع في الوقف ، ويساقى على شجره ، لأنه إما مالك لرقبة ذلك ، أو بمنزلة المالك ، ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة ، والمزارعة ، والله أعلم .

(فصل)

٤٠٧٩

وإذا ساقاه على وديّ النخل^(١) أو صغار الشجر ، إلى مدة يحمل فيها غالباً ، ويكون له فيها جزء من الثمرة معلوم ، صحّ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر . ونصيبه يقل . وهذا لا يمنع صحتها ، كالأجر له سهماً من ألف سهم ، وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل ، والشجر ، وهي أننا إن قلنا : المساقاة عقد جائز لم نحتاج إلى ذكر مدة ، وإن قلنا : هو لازم ، ففيه ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يحمل المدة زمناً يحمل فيه غالباً ، فيصحّ ، فإن حمل فيها فله ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها فلا شيء له .

والثاني : أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالباً ، فلا يصحّ ، وإن عمل فيها ، فهل يستحقّ الأجر ؟ على وجهين ، وإن حمل في المدة لم يستحقّ ما جعل له ، لأن العقد وقع فاسداً ، فلم يستحقّ ما شرط فيه . والثالث : أن يحمل المدة زمناً يحتمل أن يحمل فيها ، ويحتمل أن لا يحمل ، فهل يصحّ ؟ على وجهين ، فإن قلنا : لا يصحّ استحقّ الأجر ، وإن قلنا : يصحّ ، فحمل في المدة استحقّ ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها ، لم يستحقّ شيئاً ، وإن شرط نصف الثمرة ، ونصف الأصل لم يصحّ ، لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في الثمناء ، والفائدة ، فإذا شرط اشتراكهما في الأصل لم يجز ، كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال ، فعلى هذا يكون له أجر مثله ، وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدة بقائها ، لم يجز ، وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز ، لأنه يخالف موضوع المساقاة .

(فصل)

٤٠٨٠

وإن ساقاه على شجر بفرسه ، ويعمل فيه ، حتى يحمل ، ويكون له جزء من الثمرة معلوم ، صحّ أيضاً ، والحكم فيه كالأجر ساقاه على صغار الشجر ، على ما بيناه .

(١) وديّ : بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار النخل . أو أصغر النخل .

وقد قال أحمد في رواية المروزي ، في رجل قال لرجل : اغرس في أرضي هذه شجرة ، أو نخلاً ، فما كان من غلة فلك بعمل كذا ، وكذا سهماً ، من كذا ، وكذا ، فأجازه ، واحتج بحديث خنيس في الزرع ، والنخيل ، لكن بشرط أن يكون الفرس من رب الأرض ، كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل خرج على الروایتين ، فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل .

وقال القاضي : المعاملة باطلة ، وصاحب الأرض بالخيار بين تسكليفه قلعها ، ويضمن له أرش نقصها ، وبين إقرارها في أرضه ، ويدفع إليه قيمتها ، كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ، ثم جاء الشفيع فأخذها ، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك ، سواء بذل له القيمة ، أو لم يبذلها ، لأنه ملكه ، فلم يمنع تحويله ، وإن اتفقا على إبقاء الفرس ، ودفع أجر الأرض جاز .

ولو دفع أرضه إلى رجل يفرسها ، على أن الشجر بينهما لم يجر ، على ما سبق ، ويحتمل الجواز ، بناء على المزارعة ، فإن المزارع يبذر في الأرض ، فيكون الزرع بينه ، وبين صاحب الأرض ، وهذا نظيره .

وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما . فالمعاملة قاسدة ، وجهاً واحداً ، وبهذا قال مالك ، والشافعي وأبو يوسف ، ومحمد ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ، ففسد ، كما لو دفع إليه الشجر ، والنخيل ، ليكون الأصل ، والثمر بينهما ، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما .

(فصل)

٤٠٨١

وإن ساقاه على شجر ، فبان مستحقاً بعد العمل أحذه ربة ، وثمرته ، لأنه عين ماله ، ولاحق للعامل في ثمرته ، لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ، ولا أجر له عليه ، لذلك ، وله أجر مثله على الغاصب ، لأنه غره ، واستعمله ، فلزمه الأجر ، كما لو غصب نقرة^(١) ، فاستأجر^(٢) من ضربها دراهم ، وإن شمس النمرة ، فلم تنقص أخذها ربتها ، وإن نقصت فلربها أرش نقصيها ، ويرجع به على من شاء منهما ، ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استعقت بعد أن اقتسمها ، وأكلاها ، فلربها تضمين من شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب فله تضمينه السكل ، وله تضمينه قدر نصيبه ، ويضمن العامل قدر نصيبه . لأن الغاصب سبب يد العامل ، فلزمه ضمان الجميع ، فإن ضمنه السكل رجع على العامل بقدر نصيبه ، لأن التالف وجد في يده ، فاستقر الضمان عليه ، ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله .

ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء ، لأنه غره فلم يرجع عليه ، كما لو أطعم إنساناً شيئاً ، وقال له : كله ، فإنه طعامي ، ثم تبين أنه منسوب ، وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمه إلا نصيبه

(١) النقرة : القضة السائلة .

خاصة ، لأنه ما قبض الثمرة كلها ، وإنما كان مراعيًا لها ، وحافظًا ، فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها .
ويحتمل أن يضمّنه الكلّ . لأن يده ثبتت على الكلّ مشاهدةً بغير حق ، فإن ضمّنه الكلّ رجع
العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها ، وأجر مثله ، وإن ضمّن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل
على الغاصب بأجر مثله ، لا غير .
وإن تلفت الثمرة في شجرها ، أو بعد الجذّ أذ قبل القسمة ، فمن جعل العامل قابضًا لها بثبوت يده على
حائطها قال : يلزمه ضمانها ، ومن « جعله »^(١) لا يكون قابضًا إلا بأخذ نصيبه منها قال : لا يلزمه الضمان ،
ويكون على الغاصب .

(١) لفظ جعله ساقط من جميع نسخ الأصل ولا بد منه لصحة الكلام ، ولعله سهو من الناسخ .

باب المزارعة

٤٠٨٢

﴿مسألة﴾

قال ﴿وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض﴾

معنى المزارعة : دفع الأرض إلى من يزرعها ، أو يعمل عليها ، والزرع بينهما ، وهى جائزة فى قول كثير من أهل العلم ، قال البخارى ، قال أبو جعفر : ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث ، والرابع ، وزارع على ، وسعد ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وعروة ، وآل أبى بكر ، وآل على ، وابن سيرين ، وتمن رأى ذلك سعيد بن المسيب ، وطاوس ، وعبد الرحمن بن الأسود ، وموسى بن طلحة ، والزهرى ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، وابنه ، وأبو يوسف ، ومحمد ، ورؤى ذلك عن معاذ ، والحسن ، وعبد الرحمن بن يزيد ، قال البخارى : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلم يكرها ، وكرها عكرمة ، ومجاهد ، والنخعى وأبو حنيفة .

ورؤى عن ابن عباس الأسمران جميعاً ، وأجازها الشافعى فى الأرض بين النخيل ، إذا كان بياض الأرض أقل ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها فى الأرض البيضاء . لما روى رافع بن خديج ، قال : كُذِّبَ نَحَابِرُ عَلَى عَمْدٍ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فذكر أن بعضُ عُمومته أتاه فقال : نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً . وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع ، قال : قلنا : ماذا ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، وَلَا يُكْرِهْهَا ، بِثُلُثٍ ، وَلَا بِرُبُعٍ ، وَلَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى » وعن ابن عمر قال : ما كذا نرى بالمزارعة بأساً ، حتى سمعنا رافع بن خديج يقول : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وقال جابر : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخابرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح ، متفق عليها .

والخابرة : المزارعة ، واشتقاقها من الخبار^(١) وهى الأرض اللينة ، والخبير^(٢) الغار^(٣) ، وقيل : الخابرة معاملة أهل خَيْبَرَ . وقد جاء حديث جابر مفسراً . فروى البخارى عن جابر . قال : كانوا يزرعونها بالثلث والرابع . والنصف . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلْيَمْسِكْ أَرْضَهُ » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت . فروى أبو داود بإسناده . عن

(١) الخبار : بفتح الخاء والباء ملان من الأرض واسترخى .

(٢) الأكار : الحراث الذى يحرق الأرض أى الفلاح الذى يعمل بالأجر .

زيد . قال : نعى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبابة ، قلت : وما الخبابة ؟ قال « أَنْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ
بِنَصْفٍ أَوْ ثُلُثٍ . أَوْ رُبُعٍ » .

ولنا : ما روى ابن عمر قال « إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ
مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ تَمَرٍ » متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس . وجابر بن عبد الله .

وقال أبو جعفر : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر ، ثم عمر ،
وعثمان ، وعلى ، ثم أهلهم إلى اليوم ، يعطون الثلث ، والرابع ، وهذا أمر صحيح ، مشهور ، عمل به رسول
الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ، ثم خلفاؤه الراشدون ، حتى ماتوا ، ثم أهلهم من بعدهم ، ولم يبق
بالمدينة أهل بيت إلا عمل به ، عمل به أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده ، فروى البخاري
عن ابن عمر : « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ . أَوْ تَمَرٍ ،
فَمَكَانَ يُعْطَى أَزْوَاجُهُ مِائَةً وَسِتِّي ، ثَمَانُونَ وَسَقًّا تَمَرًا وَعِشْرُونَ وَسَقًّا شَعِيرًا . فَقَسَمَ عُمَرُ خَيْبَرَ ،
فَخَيَّرَ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُقَطَعَ لَهُنَّ مِنَ الْأَرْضِ وَالْمَاءِ . أَوْ يُمْنَحَ لَهُنَّ الْأَوْسُقُ ،
فَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الْأَرْضَ . وَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الْأَوْسُقَ . فَكَانَتْ عَائِشَةُ اخْتَارَتْ الْأَرْضَ .

ومثل هذا لا يجوز أن يُنسخ ، لأنَّ النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
فأما شيء عمل به إلى أن مات ، ثم عمل به خلفاؤه بعده ، وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه ، وعملوا
به ، ولم يخالف فيه منهم أحد ، فكيف يجوز نسخه ؟ ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله
صلى الله عليه وسلم . فكيف عمل به بعد نسخه ؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه . مع اشتهاه قصة
خيبر . وعملهم فيها ؟ فأين كان راوى النسخ حتى لم يذكره ، ولم يخبرهم به ؟

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه :

أحدها : أنه قد فسّر المنهى عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد ، فإنه قال : كُنَّا مِنْ أَكْثَرِ الْأَنْصَارِ
حَقْلًا ، فَكُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ عَلَى أَنْ لَنَا هَذِهِ ، وَلَمْ هَذِهِ ، فَرَبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ ، وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ ، فَهَإِنَّا
عَنْ ذَلِكَ ، فَأَمَّا بِالذَّهَبِ ، وَالْوَرَقِ . فَلَمْ يَنْهَنَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَفِي لَفْظٍ : فَأَمَّا شَيْءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ فَلَا بَأْسَ ،
وهذا خارج عن محل الخلاف . فلا دليل فيه عليه ، ولا تعارض بين الحديثين .

الثاني : أن خبره ورد في الكراء بثلاث ، أو ربع ، والنزاع في المزارعة ، ولم يدل حديثه عليها أصلاً ،
وحديثه الذي فيه المزارعة يُحمل على الكراء أيضاً ، لأن القصة واحدة ، رُوِيَ بِالْفَافِ مُخْتَلَفَةً ، فيجب تفسير
أحد اللفظين بما يوافق الآخر .

الثالث : أن أحاديث رافع مضطربة جداً ، مختلفة اختلافاً كثيراً ، يوجب ترك العمل بها لو انفردت ، فكيف تقدم على مثل حديثنا ؟

قال الإمام أحمد : حديث رافع ألوان ، وقال أيضاً : حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر : قد جاءت الأخبار عن رافع بعلم تدل على أن النهي كان لذلك .

(منها) الذي ذكرناه ، ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة : زيد ابن ثابت ، وابن عباس ، قال زيد بن ثابت : أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين قد اقتتلا ، فقال : « إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمْ فَلَا تُكَرُّوا الْمَزَارِعَ » رواه أبو داود ، والأثرم ، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار ، قال : قلت لطاوس : لو تركت الحجابة ، فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها ، قال : إِنْ أَعْلَمْتُمْ — يعني ابن عباس — أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ، ولكن قال : « أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَجًا مَعْلُومًا »

ثم إن أحاديث رافع ، منها ما يخالف الإجماع ، وهو النهي عن كراء المزارع على الإطلاو ، ومنها ما لا يختلف في فساده ، كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته ، وتارة عن سماعه ، وتارة عن ظهر ابن رافع ، وإذا كانت أخبار رافع ، هكذا وجب إخراجها ، واستعمال الأخبار الواردة في شأن خير ، الجارية مجرى التواتر ، التي لا اختلاف فيها ، وبها عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية .

الجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع ، وامتنع تأويله ، وتعدّر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ ، لأنه لا بدّ من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم إلى حين موته ، ثم من بعده إلى عصر التابعين ، فحق كان نسخه ؟ وأما حديث جابر في النهي عن الحجابة فيجب حمله على أحد الوجوه التي محل عليها خبر رافع ، فإنه قد روى حديث خير أيضاً ، فيجب الجمع بين حديثيه ، منها أمكن ، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير ، لاستحالة نسخها ، كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فإن قال أصحاب الشافعي : تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين الفخيل ، وأحاديث النهي على الأرض البيضاء جميعاً بينهما ، قلنا : هذا بعيد لوجوه خمسة .

أحدها : أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وِسْقٍ ، ليس فيها أرض بيضاء ، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض ، فينقل الرواة كلهم القصة على العموم ، من غير تفصيل مع الحاجة إليه .

الثاني : أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه ، وما ذكرناه دلّ عليه بعض الروايات ، وفسره الراوى له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث ، والجمع بينهما بخلاف بعضها على ما فسره راويه به أولى من التحكّم بما لا دليل عليه .

الثالث : أن قولهم يُقضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حل لأحدهما وحده .
الرابع : أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين ، وأهلهم ، وفقهاء الصحابة ، وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وسنّته ، ومعانيها ، وهو أولى من قول من خالفهم .

الخامس : أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه ، فإن أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة ، وأهلهم : وفقهاء الصحابة ، واستمرار ذلك ، وهذا مما لا يجوز خفاؤه ، ولم ينكره من الصحابة منكر ، فكان إجماعاً ، وما روى في مخالفته فقد بيّنّا فساداً ، فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضى الله عنهم ، ولا يسوغ لأحد خلافه ، والقياس يقتضيه ، فإن الأرض عين تسمى بالعمل فيها ، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها ، كالأثمان في المضاربة ، والنخل في المساقاة ، أو نقول : أرض ، فجازت المزارعة عليها ، كالأرض بين النخيل ، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة ، لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرّون على زرعها ، والعمل عليها ، والأكرّة يحتاجون إلى الزرع ، ولا أرض لهم ، فافتضت حكمة الشرع جواز المزارعة ، كما قلنا في المضاربة ، والمساقاة ، بل الحاجة همنا آكد ، لأن الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره ، لسكونه مُقتاتاً ، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها ، بخلاف المال ، وبدل على ذلك قول راوى حديثهم : نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمرٍ كان لنا نافعاً ، والشارع لا ينهى عن المانع ، وإنما ينهى عن المضار ، والمفاسد ، فبدل ذلك على غلط الراوى في المنهى عنه ، وحصول المنفعة فيما ظنّه منهيّاً عنه .

إذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة ، في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع ، وفي جوازها ، ولزومها ، وما يلزم العامل ، ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها .

(فصل)

٤٠٨٣

وإذا كان في الأرض شجر ، وبينه بياض أرض ، فساقاه على الشجر ، وزارعه على الأرض التي بين الشجر ، جاز ، سواء قلّ بياض^(١) الأرض ، أو كثر ، نصّ عليه أحد ، وقال : قد دفع النبي صلى الله عليه وسلم خير على هذا ، وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة ، فإذا قال : ساقيتك على الشجر ، وزراعتك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال : عاملتك على الأرض ، والشجر على النصف جاز ، لأن

(١) بياض الأرض : الأرض الخالية من الشجر .

المعاملة تشتملها ، وإن قال : زراعتك على الأرض بالنصف ، وساقيتك على الشجر بالربع ، جاز ، كما يجوز أن يساقية على أنواع من الشجر ، ويجعل له في كل نوع قدراً ، وإن قال : ساقيتك على الأرض ، والشجر بالنصف جاز ، لأن المزارعة مساقاة ، من حيث إنها تحتاج إلى السقي فيها ، لحاجة الشجر إليه . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض ، وتصح في النخل وحده ، وقيل : ينبنى على تفريق الصفة .

ولنا : أنه عتبر عن عقد بلفظ عقد يُشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق ، فصحّ كالأمر بلفظ البيع في السلم ، ولأن المقصود المعنى ، وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء : ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال : ساقيتك على الشجر بالنصف . ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك ، وأبو يوسف : للدخل زرع البياض ، فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح ، لأن الداخل يسقي لب الأرض ، فتلك زيادة ازدادها عليه .

ولنا : أن هذا لم يتناول العقد ، فلم يدخل فيه ، كما لو كانت أرضاً مفردة .

(فصل)

٤٠٨٤

وإن زارعه أرضاً فيها شجرات بسيرة ، لم يحز أن يشترط العامل ثمرتها ، وبهذا قال الشافعي ، وابن المنذر ، وأجازاه مالك ، إذا كان الشجر بقدر الثلث ، أو أقل لأنه يسير ، فيدخل تبعاً .

ولنا أنه اشترط الثمرة كلها ، فلم يحز ، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث .

(فصل)

٤٠٨٥

وإن أجره بياض أرض ، وساقاه على الشجر الذي فيها جاز ، لأنهما عقدان ، يجوز لإفراد كل واحد منهما ، فجاز الجمع بينهما ، كالبيع والإجارة ، ويحتمل أن لا يجوز ، بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل ، والأول أولى ، إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها ، أو قبل بدو صلاحها ، فلا يحرز سواء جمعاً بين العقدین ، أو عقداً أحدهما بعد الآخر ، لما ذكرنا في إبطال الحيل .

﴿مسألة﴾

٤٠٨٦

قال ﴿إذا كان البذر من رب الأرض﴾

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض ، والعمل من العامل ، نص عليه

أحمد في رواية جماعة ، واختاره عامة الأصحاب ، وهو مذهب ابن سيرين ، والشافعي وإسحاق ، لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه ، فوجب أن يكرن رأس المال كله من عند أحدهما ، كالمساقاة ، والمضاربة .

وقد روى عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل ، فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرض فيها نخل ، وشجر : يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ، ويقومون على الشجر ، على أن له النصف ، ولم النصف : فلا بأس بذلك ، وقد دفع النبي صلى الله عليه وسلم خبير على هذا ، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، وروى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو قول أبي يوسف ، وطائفة من أهل الحديث ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

وروى عن سعد ، وابن مسعود ، وابن عمر : أن البذر من العامل ، ولملهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل ، فيكون كقول عمر ، ولا يكون قولاً ثالثاً .

والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر : دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يهود خيبر نخل خيبر ، وأرضها على أن يملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر تمرتها .

وفي انظر على أن يملوها ، ويزرعوها ، ولملهم شطر ما يخرج منها أخرجها البخاري ، فجعل عملها من أموالهم ، وزرعها عليهم ، ولم يذكر شيئاً آخر ، وظاهره أن البذر من أهل خيبر .

والأصل للموئل عليه في المزارعة قصة خيبر ، ولم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم أن البذر على المسلمين ، ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ، ولو فعله النبي صلى الله عليه وسلم ، وأصحابه لنقل ، ولم يجز الإخلال بنقله ، ولأن عمر رضى الله عنه فعل الأمرين جميعاً ، فإن البخاري روى عنه أنه عامل الناس على أنه : إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، فظاهر هذا أن ذلك اشتهر ، فلم ينكر ، فكان إجماعاً .

فإن قيل : هذا بمنزلة بيعتين في بيعة ، فكيف بفعله عمر رضى الله عنه ؟ قلنا : يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي المقدين شاءوا ، فن اختار عقده معه ممتعاً ، كما لو قال في البيع : إن شئت بمُتسكك بمشرة صحاح . وإن شئت بأحد عشر مكسورة ، فاختار أحدهما ، فمقد البيع معه عليه ممتعاً ، ويجوز أن يكون بجيشه بالبذر ، أو شروعه في العمل بغير بذر مع إفراز عمر له . على ذلك ، وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روى عن أحمد رحمه الله صحة الإجارة ، فيما إذا قال : إن خطتة روميًا فلك درهم ، وإن خطتة فارسيًا فلك نصف درهم .

وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص ، والإجماع اللذين ذكرناهما ، فكيف بعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان ، وبدن صاحب أحدهما .

٤٠٨٧

(فصل)

فإن كان البذر منهما نصفين ، وشرطا أن الزرع بينهما نصفان ، فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها . لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه ، وإن كانت فاسدة فلا كل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة ، فعلى العامل نصف أجر الأرض ، وله على رب الأرض نصف أجر عمله ، فيتقاسمان بقدر الأقل منهما ، ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل .

وإن شرطا التفاضل في الزرع ، وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ، ولا تراجع بينهما . وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرها ، وبتراجعان ، كما ذكرنا ، وكذلك إن تفاضلا في البذر ، وشرطا التساوي في الزرع ، أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره ، أو أقل .

٤٠٨٨

(فصل)

فإن قال صاحب الأرض : أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذك ، ونصف منفعتك ، ومنفعة بقرتك وآلتك ، وأخرج المزارع البذر كله لم يصح ، لأن المنفعة غير معلومة ، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى ، أو دار لم يجز ، ويكون الزرع كله للمزارع ، وعليه أجر مثل الأرض .

وإن أمكن علم المنفعة ، وضبطها بما لا يختلف معه ، ومعرفة البذر جاز ، وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض ، فيشترط قبضه ، كما لو كان مبيعا ، وما حصل فيه قبض .

وإن قال : أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ، ومنفعة بقرتك ، وآلتك ، وأخرج البذر ، فهي كالتي قبلها ، إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال .

٤٠٨٩

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ، ويقسما ما بقي لم يجز ﴾

وكانت المزارع أجرة مثله ، وكذلك يبطل إن أخرج للمزارع البذر ، وبصير الزرع للمزارع ، وعليه أجرة الأرض ، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ، فلا يصح . لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزا معلوما ، وذلك شرط فاسد ، تفسد به المزارعة ، لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان ، فيختص رب المال بها ، وربما لا تخرجها الأرض ، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبنى على الروايتين في صحة هذا الشرط .

وقد ذكر الخرق - أنه فاسد ، فإذا أخرج المزارع البذر فسدت ، كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس المال من عنده ، ومتى فسدت المزارعة فالزرعُ لصاحب البذر . لأنه عَيْنُ ماله ، ينقلب من حالٍ إلى حالٍ ، وينمو ، فصار كصغار الشجر إذا غرس ، فطال ، والبيضة إذا حُصِنَتْ ، فصارت فرخاً ، والبذرُ ههنا من المزارع ، فسكان الزرع له ، وعليه أجر الأرض . لأن ربَّها إِمَّا بذلها له بمَوْضٍ لم يَسْلَمْ له ، فرجع إلى عوض منافعها ، النابتة ، بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من ربِّ الأرض كان الزرع له ، وعليه أجر مثل العامل ، لذلك .

وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ، ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التي فيها نصيب العامل ، وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض .

(فصل) ٤٠٩٠

وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه ، وللعامل زرعاً بعينه ، مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية ، وللآخر زرع أخرى ، أو يشترط أحدهما ما على السواقي ، والجداول ، إمَّا منفرداً ، أو مع نصيبه ، فهو فاسد بإجماع العلماء . لأن الخبر صحيح في النهي عنه ، غير معارض ، ولا منسوخ . ولأنه يؤدَّى إلى تلف ما عَيْن لأحدهما دون الآخر ، فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه .

(فصل) ٤٠٩١

والشروط الفاسدة في المساقاة ، والمزارعة تنقسم قسمين .

أحدهما : ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما ، مثل ما ذكرنا ههنا ، أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً ، أو دراهم معلومة ، أو أَقْفَرَةً معينة ، أو أنه إن سُقِيَ سَيِّحاً فله كذا ، وإن سُقِيَ بِكُلْفَةٍ فله كذا ، فهذا يفسدها ، لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه ، فأشبهه البيع بضمن مجهول ، والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما .

وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فسادُ العقد . لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لربِّ البذر ، لسكونه نماء ماله ، فلا يحصل لربِّ الأرض شيء منه ، ويستحقُّ الأجر ، وهذا معنى الفساد .

فأما إن شرط مالا يُقضى إلى جهالة الربح ، كعمل ربِّ المال معه ، أو عمل العامل في شيء آخر ، فهل تفسد المساقاة ، والمزارعة ؟ يخرج على روايتين ، بناءً على الشرط الفاسد في البيع ، والمضاربة .

(فصل) ٤٠٩٢

وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ، ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضاً . لأن البذر ليس من ربِّ الأرض ، ولا من العامل ، ويكون الزرع لصاحب البذر ، وعليه أجر الأرض ،

والعمل . وإن قال صاحب الأرض لرجل : أنا أزرع الأرض ببذري ، وعواملي ، ويكون سقيها من مائلك ، والزرع بيننا ، ففيها روايتان :

إحدهما : لا يصح ، اختارها القاضي ، لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل ، وليس من صاحب الماء أرض ، ولا عمل ولا بذر . لأن الماء لا يُباع ، ولا يستأجر ، فكيف تصح المزارعة به ؟

والثانية : يصح . اختارها أبو بكر ، ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان ، وحرب ، لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع ، فجاز أن يكون من أحدهما ، كالأرض ، والعمل ، والأول أصح . لأن هذا ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ، لما ذكرناه .

(فصل)

٤٠٩٣

وإن اشترك ثلاثة ، من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر ، والعمل ، على أن مارزق الله بينهم ، فعملوا ، فهذا عقد فاسد ، نص عليه في رواية أبي داود ، ومهنا ، وأحمد بن القاسم . وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال أحدهم : على الفدان^(١) ، وقال الآخر : قبلي الأرض ، وقال الآخر : قبلي البذر ، وقال الآخر : قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر ، وأتني صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهماً ، ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً . فقال أحمد : لا يصح ، والعمل على غيره .

وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور ، عن الوليد بن مسلم ، عن الأوزاعي ، وعن واصل بن أبي جميل ، عن مجاهد ، وقال في آخره : خدثت به مكحولاً ، فقال : ما يسرني بهذا الحديث وصيفاً^(٢) ، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في صدر الفصل ، وهما فاسدان . لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض ، ومن العامل ، وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة . لأن الشركة تسكون بالائتمان ، وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ، ولم يوجد شيء من ذلك ههنا . وليست إجارة لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة ، وعوض معلوم ، وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي .

فعلى هذا : يكون الزرع لصاحب البذر ، لأنه تمام ماله ، ولصاحبه عليه أجر مثلها ، لأنهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى ، فإذا لم يسلم عادة إلى بدله ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور .

(١) الفدان : الثور أو الثوران يقرن بينهما للحرث . أو هو الآلة التي يحرق بها الثوران الأرض (الحراث ونحوه) .

(٢) هكذا بالأصول ، والوصيف الخادم أو الخادمة ، والأسلوب الصحيح رفع (وصيف) ، لانصبه ، لأنه فاعل

يسرنى إلا إذا قدرت جملة قبل وصيف أى (ما يسرنى بهذا الحديث أنى ملكك وصيفاً) وفي ذلك شطط .

وقال أصحاب الرأي : يتصدق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ، ولا تلزمه الصدقة به ، كسائر ماله :

ولو كانت الأرض لثلاثة ، فاشتركوها على أن يزرعوها ببذرهم ، ودوابهم ، وأعوانهم ، على أن ما أخرج الله بينهم ، على قدر مالهم ، فهو جائز ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً . لأن أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء .

(فصل)

٤٠٩٤

وإذا زارع رجلاً ، وآجره أرضه ، فزرعها ، وسقط من الحب شيء ، فنبت في تلك الأرض عاماً آخر فهو لصاحب الأرض . نصّ عليه أحمد في رواية أبي داود ، ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي : هو لصاحب الحب . لأنه عين ماله ، فهو كالمو بذرهم قصداً .

ولنا : أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف ، وزال ملكه عنه . لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه ، ولهذا أبيح التقاطه ، ورعيه ، ولا نعلم خلافاً في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما ، فجري ذلك مجرى نبتة على سبيل الترك له ، وصار كالشيء القافض سقط منه كالثمرة ، والاقمة ، ونحوهما ، والنوى لو التقطه إنسان فخرسه ، كان له دون من سقط منه ، كذا همنا .

(فصل)

٤٠٩٥

في إجارة الأرض

تجوز إيجارها بالورق ، والذهب ، وسائر العروض ، سوى الطعام ، في قول أكثر أهل العلم ، قال أحمد : قلنا اختلفوا في الذهب ، والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً جائز ، بالذهب ، والفضة ، روينا هذا القول عن سعيد ، ورافع بن خديج ، وابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعروة ، والقاسم ، وسالم ، وعبد الله بن الحارث ، ومالك ، والليث ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ورؤى عن طاوس ، والحسن ، كراهة ذلك لما روى رافع : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء للزارع ، متفق عليه .

ولنا : أن رافعا قال : أما بالذهب ، والورق ، فلم ينهنا ، يعني النبي صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه ، ولمسلم « أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس » وعن حنظلة بن قيس : أنه سأل رافع بن خديج . عن كراء الأرض ، قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض ، قال : فقلت : بالذهب والفضة ؟

قال : إنما نهي عنها ببعض ما يخرج منها ، أما بالذهب ، والفضة فلا بأس ، متفق عليه ، وعن سعد بن قال : كنا نكرى الأرض بما على السواقي ، وما سعد^(١) بالماء منها ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وأمرنا أن نكرىها بذهب ، أو فضة ، رواه أبو داود ، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فجازت إيجارها بالأثمان ، ونحوها كالدور .

والحكم في العروض كالحكم في الأثمان ، وأما حديثهم فقد فسرته الراوى بما ذكرنا عنه ، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، وحديثنا مفسر لحديثهم ، فإن راويهما واحد ، وقد رواه عاماً وخاصاً ، فيجوز العام على الخاص لسائر الأحاديث ، والقياس ، وقول أكثر أهل العلم .
فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يؤجرها بمطعم غير الخارج منها ، معلوم ، فيجوز ، نص عليه أحمد ، في رواية الحسن بن ثواب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم سعيد بن جبير ، وعكرمة ، والنخعي ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ومنع منه مالك ، حتى منع إيجارها باللبن والعسل ، وقد روى عن أحمد : أنه قال : ربما تهيئته ، قال القاضي : هذا من أحمد على سبيل الورع ، ومذهبه الجواز ، والحجة لمالك ما روى رافع ابن خديج ، عن بعض عمومه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلَا يُكْرِيهَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى » . رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وروى طه بن رافع ، قال : دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال . « مَا تَصْنَعُونَ بِحَقَائِكُمْ ؟ » قلت : نُؤَاجِرُهَا عَلَى الرَّبْعِ أَوْ عَلَى الْأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ ، أَوْ الشَّعِيرِ ، قال : لا تفعلوا ، ازرعوها ، أو أُمْسِكُوهَا » متفق عليه ، وروى أبو سعيد ، قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الْحَقْلَةِ وَالْحَقْلَةِ اسْتِكْرَاهِ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ .

ولنا قول رافع ، فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ، ولأنه عوض معلوم ، مضمون ، لا يتخذ وسيلة إلى الربا ، فجازت إيجارها بالأثمان ، وحديث طه بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة ، على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك ، إذا كان خارجاً منها ، ويحتمل النهي عنه إذا آجرها بالربيع ، والأوسق ، وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة ، إذا اكترأها لزراع الحنطة .

القسم الثاني : إيجارها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها ، كإيجارها بقُرْزَانٍ حنطة ، لزراعها ، فقال أبو الخطاب : فيها روايتان .

إحداها : المنع ، وهي التي ذكرها القاضي مذهباً ، وهي قول مالك ، لما تقدم من الأحاديث ، ولأنها

(١) سعد بالماء أى روى بالماء .

ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها ، لأنه يجعل مكن قوله : زارعتك ، آجرَ تلك ، فتصيرُ مزارعةً بلفظ الإجارة ، والذرائع مُعتبرةٌ .

والثانية : جواز ذلك ، اخذها أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي لما ذكرنا في القسم الأول ، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعم جازت به ، كاللُّور .

القسم الثالث : إجارته بجزء مُشاعٍ مما يخرج منها ، كنصفٍ ، وثالثٍ ، وربيعٍ ، فالمنصوص عن أحمد جوازه ، وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وهو الصحيح ، إن شاء الله ، لما تقدّم من الأحاديث في النهي من غير مُعارض لها ، ولأنها إجارة بموضع مجهول ، فلم تصح ، كإجارتها بثالث ما يخرج من أرضٍ أخرى ، ولأنها إجارة لعين بيمض نائها ، فلم تجز ، كسائر الأعيان ، ولأنه لا نصّ في جوازها ، ولا يمكن قياسها على المنصوص ، فإن المنصوص إنما وردت بالنهي عن إجارته بذلك ، ولا نعلم في تحويزها نصّاً ، والمنصوص على جوازه إجارته بذهب ، أو فضة ، أو شيءٍ مضمون ، معلوم ، وليست هذه كذلك ، فأما نصّ أحمد في الجواز فيتمتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة ، فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ، ولزومها ، وفيما يلزم العامل ، وربّ الأرض ، وسائر أحكامها ، والله أعلم .

كتاب الإجازات

الأصل في جواز الإجارة الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتابُ فقول الله تعالى (٦٥ : ٦) فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُمْ أَجُورَهُمْ ^(١) ، وقال تعالى : (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا : يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ، قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ بِحَدِي ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ، فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ^(٢)) .

وروى ابن ماجه في سننه ، عن عتبة بن النذر ، قال : كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى ، قال « إِنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي حِجَجٍ ، أَوْ عَشْرًا عَلَى عِفَّةٍ فَرَجِهٍ ، وَطَمَاحٍ بَطْنِهِ » وقال الله تعالى (فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَاقَامَهُ ، قَالَ : لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ^(٣)) وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته .

وأما السنة : فنبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الدَّيْل هَادِيًا خَرِيَّتًا ^(٤) ، وروى البخاري عن أبي هريرة ، رضى الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خِصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِي نَمٍّ غَدَرٌ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوَفَى مِنْهُ ، وَلَمْ يُؤْفِقْ أَجْرَهُ » والأخبار في هذا كثيرة .

وأجمع أهل العلم في كل عصر ، وكل مضمير على جواز الإجارة ، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصبم أنه قال : لا يجوز ذلك ، لأنه غرر ، يعنى أنه يعقد على منافع لم تُخلق ، وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق في الأعصار ، وسار في الأمصار ، والعبرة أيضاً بالله عليها ، فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك ، فإنه ليس لـكل أحد دارٌ يملكها ، ولا يقدر كل مسافر على بيع أو هداية يملكها ، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم ، وحملهم نطوياً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ، ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الإجارة ، لذلك ، بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق ،

(١) بعض الآية ٦ من سورة الطلاق .

(٢) الآية ٢٦ وبعض الآية ٢٧ من سورة القصص .

(٣) بعض الآية ٧٧ من سورة الكهف .

(٤) الحريف : الدليل الحاذقة .

حتى إن أكثر المكاسب بالصفائح ، وما ذكره من الفرر لا يلتفت إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجة ، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تنافى بمضى الساعات ، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها ، كالسلم في الأعيان .

(فصل)

٤٠٩٦

واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو العوض ، قال الله تعالى [لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا] ومنه سمي الثواب أجراً ، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيبيته .

(فصل)

٤٠٩٧

وهي نوع من البيع ، لأنها تملك من كل واحد منهما صاحبه ، فهي بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه يصح تملكها في حال الحياة ، وبعد الموت ، وتضمن باليد ، والإتلاف ، ويكون عوضها عيناً ، وديناراً ، وإنما اختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم ، كالصرف ، والسلم . إذا ثبت هذا فإنها تنعقد بلفظ الإجارة ، والكراء ، لأنها موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تنعقد به ، لأنها بيع ، فانعقدت بلفظه ، كالصرف .

والثاني : لا تنعقد به ، لأن فيها معنى خاصاً ، فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف إليها البيع إضافة واحدة ، فاحتيج إلى لفظ يعرف ، ويفرق بينهما ، كالعقود المتباينة ، ولأنه عقد يخالف البيع في الحكم ، والاسم ، فأشبهه النكاح .

(فصل)

٤٠٩٨

ولا تصح إلا من جائز التصرف ، لأنها عقد تملك في الحياة ، فأشبهه البيع .

﴿مسألة﴾

٤٠٩٩

قال ﴿ وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ، بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وما سكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد ، إلا أن يشترط أجلاً ﴾ . هذه المسألة تدل على أحكام ستة .

أحدها : أن العقود عليه المنافع ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفة ، وأكثر أصحاب الشافعي .

وذكر بعضهم : أن العقود عليه العين ، لأنها الوجود ، والعقد يضاف إليها ، فيقول : أجرتك دارى ، كما يقول : بعتكها .

ولنا : أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد ، وذلك هو المنافع ، دون الأعيان ، ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ، ولهذا تُضمّن دون العين ؛ وما كان عوض في مقابلته فهو المعقود عليه ، وإنما أضيف العقد إلى العين ، لأنها محلّ المنفعة ، ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان ، والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال : أجرتك منفعة دارى جاز . الثانى : أن الإجارة إذا وقعت على مدّة يجب أن تكون معلومة ، كشهر ، وسنة ، ولا خلاف في هذا نعلمه ، ولأن المدّة هي الضابطة للمعقود عليه ، المرفقة له ، فوجب أن تكون معلومة ، كمديد السكيات فيما يبيع بالكيل ، فإن قدر المدّة بسنة مطلقه حل على سنة الأهلة ، لأنها المعهودة في الشرع ، قال الله تعالى (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فإن شرط هلالية كان تأكيداً ، وإن قال : عددية ، أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة ، وستون يوماً ، لأن الشهر العدديّ يكون ثلاثين يوماً .

وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال ، عد اثني عشر شهراً بالأهلة ، سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لأن الشهر الهلالى ما بين الهلالين ينقص مرةً ويزيد أخرى .

وإن كان العقد في أثناء شهر عدّ ما بقى من الشهر ، وعدّ بعده أحد عشر شهراً بالهلال ، ثم كمل الشهر الأول بالعدد . ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتمّمناه بالعدد ، وأمكن إستيفاء ماعده بالهلال ، فوجب ذلك ، لأنه الأصل .

وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه يستوفى الجميع بالعدد ، لأنها مدّة يستوفى بعضها بالعدد ، فوجب استيفاء جميعها به ، كما لو كانت المدّة شهراً واحداً ، ولأن الشهر الأول ينبغى أن يكمل من الشهر الذى يليه ، فيحصل ابتداء الشهر الثانى في أثنايه ، فكذلك كل شهر يأتى بعده ، ولأبى حنيفة ، والشافعى ، كالروابيتين ، وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة .

وإن جملا المدّة سنة رومية ، أو شمسية ، أو فارسية ، أو قبطية ، وكانا بملان ذلك جاز ، وكان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً ، فإن الشهور الرومية منها سبعة ، أحد وثلاثون يوماً ، وأربعة ثلاثون يوماً ، وشهر واحد ، ثمانية وعشرون يوماً ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون ، وزادوها خمسة أيام لتساوى سنتهم السنة الرومية .

وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح ، لأن المدّة مجهولة في حقّه ، وإن أجره إلى العيد انصرف إلى الذى يليه ، وتعالى بأول جزء منه ، لأنه جملة غاية ، فتنتهى مدّة الاجارة بأوله .

وقال الشافعى : لا بدّ من تعيين العيد نهاراً ، أو أضحى من هذه السنة ، أو سنة كذا ، وكذلك

الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين ، كجادي ، و ربيع ، يجب على قوله أن يذكر الأول ، أو الثاني من سنة كذا .

وإن علقه بشهر مفرد ، كرجب ، وشعبان ، فلا بد أن يبينه من أى سنة ، وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أى أسبوع ، وإن علقه بميد من أعياد الكفار صح إذا علمه ، وإلا لم يصح ، وقد مضى نحو من هذا .

(فصل)

٤١٠٠

ولا يشترط في مدة الاجارة أن تلى العقد ، بل لو أجره سنة خمس ، وهما في سنة ثلاث ، أو شهر رجب في الحرم صح ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ، ففيه قولان ، لأنه عقد على مالا يمكن تسليمه في الحال ، فأشبهه إجارة العين المفصولة ، قال : ولا يجوز أن يكتري بعيراً بعينه ، إلا عند خروجه لذلك .

ولنا : أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز العقد عليها مفردة ، مع عموم الناس ، كالتي تلى العقد ، وإنما كُشِطت القدرة على التسليم عند وجوب التسليم ، كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ، ولا القدرة عليه حال العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة ، أو غير مشغولة ، لما ذكرناه ، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكثري ، فإنه يصح مع ما ذكره .

إذا ثبت هذا ، فإن الاجارة إن كانت على مدة تلى العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد ، وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها ، لأنه أحد طرفي العقدة ، فاحتجج إلى معرفته ، كالانتهاء ، وإن أطلق فقال : أجرتك سنة أو شهراً صح ، وكان ابتداءه من حين العقد ، وهذا قول مالك ، وأبي حنيفة ، وقال الشافعي ، وبعض أصحابنا : لا يصح حتى يُسمى الشهر ، وبذكر أى سنة هي ؟ ، فإن أحد قال في رواية إسماعيل بن سعيد : إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يُسمى الشهر .

ولنا : قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام (عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ) ولم يذكر ابتداءها ، ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة ، فإذا أطلقوا وجب أن تلى السبب الموجب ، كدة السلم ، والإبلاء ، وتُفارق النذر ، فإنه قرينة .

(فصل)

٤١٠١

ولا تنتقدراً أكثر مدة الإجارة ، بل تجوز إجارة العين للمدة التي تبقى فيها ، وإن كثرت ، وهذا قول كافة أهل العلم ، إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه ، فمنهم من قال : له قولان : أحدهما . كقول سائر أهل العلم ، وهو الصحيح .

الثاني : لا يجوز أكثر من سنة ، لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ، ومنهم من قال : له قول ثالث . أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها ، وتغير الأسعار : والأجر .

والثاني : قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال (عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل ، لأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها ، كالبيع ، والنكاح ، والمساقاة ، والتقدير بسنة ، وثلاثين تحكماً لا دليل عليه ، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه ، أو نقصان منه .

وإذا استأجره سنين لم يحتاج إلى تقييد الأجر على كل سنة ، في ظاهر كلام أحمد ، كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقييد أجر كل شهر بالاتفاق ، ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقييد أجر كل يوم ، ولأن المنفعة كالأعيان في البيع ، ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين ، كذلك ههنا . وقال الشافعي في أحد قوليه كقولنا ، وفي الآخر يفتقر إلى تقييد أجر كل سنة ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فلا بأم أن يفسخ العقد ، فلا يعلم بمرجع ، وهذا يبطل بالشهور . فإنه لا يفتقر إلى تقييد الأجر عليها ، مع الاحتمال الذي ذكره .

(فصل)

٤١٠٢

والاجارة على ضربين .

أحدهما : أن يعقدها على مدة .

الثاني : أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخياطة قبص ، وحمل إلى موضع معين ، فإذا كان المستأجر مما له عمل ، كالحيوان جاز فيه الوجهان ، لأن له عملاً تقدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل ، كالدار ، والأرض لم يحز إلا على مدة ، ومتى تقدرت المدة لم يحز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . لأن الجمع بينهما يزيدا غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أتمه عمل في غير المدة ، وإن لم يعمل لم يأت بما وقع عليه العقد ، وهذا غرر أمكن التحرز عنه ، ولم يوجد مثله في محل إوقاف ، فلم يحز العقد معه .

وروى عن أحمد فيمن أكرى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث ، فدخله في ست ، فقال : قد أضر به ، فقيل : يرجع عليه بالقيمة ؟ قال : لا يصلح له ، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً ، وهو قول أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن ، لأن الاجارة معقودة على العمل ، والمدة مذكورة للتعجيل ، فلا يتمتع ذلك .

فعل هذا ، إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها ، لأنه وفق ما عليه قبل مدته ، فلم يلزمه شيء آخر ، كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل ، فله استأجر فسخ الاجارة ، لأن الأجير لم يف له بشرطه ، وإن رضى بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ ، لأن الاخلال بالشرط منه ، فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ ، كما لو تمذّر أداء المسلم فيه ، في وقته ، لم يملك المسلم إليه الفسخ ، وبما سلكه المسلم ، فإن اختار إضاء العقد طالبه بالعمل لا غير ، كما سلك إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده ، لم يكن له أكثر من المسلم فيه ، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل شيء منه ، فله أجر مثله ، لأن العقد قد انفسخ ، فسطط المسمى ، ورجع إلى أجر المثل ،

(فصل)

٤١٠٣

ومن اكثرى دابة إلى العشاء ، فأخير المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور : آخرها زوال الشمس ، لأن العشاء آخر النهار ، وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ، ولذلك جاء في حديث ذي الديدن ، عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : صَلَّى بِفَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِخْدَى صَلَاتِي الْعَشَى بِعَنِي الظُّلْمَ أَوْ الْعَصْرَ ، هكذا تفسيره .

ولما قول الله تعالى (مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ^(١)) بمعنى القنمة ^(٢) ، وقال النبي صَلَّى الله عليه وسلم « تَوَلَّأَ أَنْ أَشَقَّ عَلَى أُمَّتِي لِأَخْرَجْتُ الْعِشَاءَ إِلَى ثُلَاثِ اللَّيْلِ » وإتما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة ، فدل على أن الأولى المغرب ، وهو في العرف كذلك ، فوجب أن يتعلق الحكم به ، لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلق بأوله ، كما لو جعلها إلى الليل .

وما ذكره لا يصح لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء ، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر ، حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناها واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم ، وكذلك الحكم فيما إذا اكرهاها إلى العشي ، لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه .

وإن اكرهاها إلى الليل فهو إلى أوله ، وكذلك إن اكرهاها إلى النهار فهو إلى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى ، والنهار في الثانية ، لما ذكرناه في مدة الخيار ، والأول أصح .

وإن اكرهاها نهائياً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكرهاها ليلة فهي إلى طلوع الفجر ، في قول

(١) بعض الآية ٥٨٠ من سورة النور .

(٢) نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تسمية العشاء القنمة ، ولكن الشارح عبر بها للتعريف بأن العشاء هي الأخيرة لأن المغرب تسمى العشاء أيضاً .

الجميع ، لأن الله تعالى قال . في ليلة القدر (سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ ^(١)) وقال تعالى (أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةُ الصَّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ — ثم قال — فَلَا تَبْشُرُوهُنَّ ، وَابْتَغُوا مَا كَذَّبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبْيَينَ نَسْكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَتَمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ^(٢)) .

(فصل)

٤١٠٤

وإن اكترى فسطاطاً إلى مكة ، ولم يقل متى أخرج فالكره فاسد ، وبه قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : يجوز استحساناً ، بخلاف القياس . ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء ، فلم يجوز ، كما لو قال : أجرتك داري من حين يخرج الحاج إلى آخر السنة ، وقد اعترفوا بمخالفته للدليل ، وما ادَّعَوْهُ دليلاً لأنسلم كونه دليلاً .

(فصل)

٤١٠٥

(الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً ، لانعلم في ذلك خلافاً ، وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً ، كالتمن في البيع ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْطِهِ أَجْرَهُ » ويُعتبر العلم بالرؤية ، أو بالصفة ، كالبيع سواء ، فإن كان عوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر ، كالصبرة احتمل وجهين .

أشبههما الجواز ، لأنه عوض معلوم ، يجوز به البيع ، فجازت به الإجارة ، كما لو علم قدره . والثاني : لا يجوز ، لأنه قد يفسخ العقد بعد تلف الصبرة ، فلا يلزم بكم يرجع ، فاشترط معرفة قدره ، كمعوض المسلم فيه ، والأول أولى .

وظاهر كلام الخلفي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ، ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أُجريت بجري الأعيان ، لأنها متعلقة بعين حاضرة ، والسلم يتعلق بمعدوم ، فافترقا ، وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل)

٤١٠٦

وكل ما جاز تمناً في البيع جاز عوضاً في الإجارة ، لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون عوض عينا ، ومنفعة أخرى ، سواء كان الجنس واحداً ، كمنفعة دارٍ بمنفعة أخرى ، أو مختلفاً ، كمنفعة دارٍ بمنفعة عبدٍ ، قال أحمد : لا بأس أن يكترى بطعام موصوف ، معلوم ، وبهذا كله قال الشافعي ،

قال الله تعالى إخباراً عن شعيب أنه قال (إِنْ أَرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَبَّجٍ) فجعل النكاح عوض الإجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حُكي عنه : لا تجوز إجارة دار يسكنى أخرى ، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دار بمنفعة بهيمة ، لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء ، وكره ، الثورى الإجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه ، وهو قول إسحق ، وأصحاب الرأى ، وقياس قول الشافعى ، لأنه عوض يجوز فى البيع ، فجاز فى الإجارة ، كالذهب والفضة ، ومأقاله أبو حنيفة لا يصح ، لأن المنافع فى الإجارة ليست فى تقدير النسبة ، ولو كانت نسبة ما جاز فى جنسين ، لأنه يكون بيع دين بدّين .

(فصل)

٤١٠٧

ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز ، لأنه لا يعلم : هل يخرج الجلد سليماً ، أولاً ؟ وهل هو ثخين ، أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً فى البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً فى الإجارة كسائر الجمولات ، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره لطرح مئقة بجلدها ، فهو أبلغ فى الفساد ، لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملسكاً ، وإن فعل فله أجر مثله أيضاً .

(فصل)

٤١٠٨

ولو استأجر راعياً لغنم بثلاث درهماً ونسلها ، وصوفها ، وشعرها أو نصفه ، أو جميعه لم يجز ، نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد النسائى ، لأن الأجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضاً فى البيع ، وقال إسماعيل ابن سميد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ، ويتحفظها ، وما ولدت من ولد بينهما ، فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأن العوض مجهول ، معدوم . ولا يدرى : أوجد أم لا ؟ والأصل عدمه . ولا يصلح أن يكون ثمناً . فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها ؟ قلنا : إنما جاز تم تشبيهاً بالمضاربة . لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من الثماء ، والمساواة . كالمضاربة ، وفى مسائلنا لا يمكن ذلك ، لأن الثماء الحاصل فى الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك ، وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها ، أو جزء معلوم منها صح ، لأن العمل ، والأجر ، والمدة معلوم ، فصح ، كما لو جعل الأجر دراهم ، ويكون الثماء الحاصل بينهما بحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجمول له منها فى الحال ، فيكون له ثماؤه ، كما لو اشتراه .

(فصل)

٤١٠٩

(الحكم الرابع) أن الإجارة إذا تمت ، وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع العقود عليها إلى المدة ، ويكون حدوثها على ملكه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها

المستأجر بالعقد، لأنها معدومة، فلا تكون مملوكة، كالثمرة، والولد.

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها، كتصرفه في العين، فلما أجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها، كما كان يملكه المؤجر، فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين، ثم انتقلت إلى المستأجر، بخلاف الولد، والثمرة، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها، وقولهم: إن المنافع معدومة، قلنا: هي مقدرة الوجود، لأنها جاءت مورداً للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود.

٤١١٠

(فصل)

(الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً، كما يملك البائع الثمن بالبيع، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك، وأبو حنيفة: لا يملكها بالعقد، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم، إلا أن يشترط تعجيلها.

قال أبو حنيفة: إلا أن تكون معينة، كالثوب، والعبد، والدار، لأن الله تعالى قال «فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» فأمر بإتائهن بعد الارتضاع، وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم «ثَلَاثَةٌ أَنَا وَخَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤْفَ أَجْرَهُ» فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب، وروى عنه عليه السلام أنه قال «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ» رواه ابن ماجه، ولأنه عوض لم يملك معاوضه، فلم يجب تسليمه، كالعوض في العقد الفاسد، فإن المنافع معدومة لم تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها، لأنه يتسلمها شيئاً فشيئاً، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد.

ولنا: أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة، فيستحق بمطلق العقد، كالثمن، والصدقات، أو نقول: عوض في عقد يتمتع بالشرط، فوجب أن يتمتع بمطلق العقد، كالذي ذكرنا، فأما الآية فيعتمد أنه أراد الإبقاء عند الشروع في الرضاع، أو تسليم نفسها: كما قال تعالى «فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ»^(١)، أي إذا أردت القراءة، ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب، ولا يقولون به، وكذلك الحديث.

بحققه أن الأمر بالإبقاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله، كقوله «فَمَا اسْتَعْتَمْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ»^(٢)، والصدقات يجب قبل الاستمتاع، وهذا هو الجواب عن الحديث. ويدل عليه أنه إنما

(١) الآية ٩٨ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء

توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل وقد قاتم : يجب الأجر شيئاً ، فشيئاً ، ويحتمل أنه توعد على ترك الإيفاء فى الوقت الذى تتوجه المطالبة فيه عادة .

جواب آخر : أن الآيه ، والأخبار إنما وردت فىمن استؤجر على عمل ، فأما ما وقعت الإجارة فيه على مدة ، فلا تعرض لها به ، وأما إذا كانت الإجارة على عمل ، فإن الأجر يملك بالمعقد أيضاً ، لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل .

قال ابن أبى موسى : من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن استؤجر فى كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه .

وقال أبو الخطاب : الأجر يملك بالمعقد ، ويستحق بالتسليم ، ويستقر بمضى المدة ، وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل ، لأنه عوض ، فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم الم عوض ، كالصداق ، والثلث فى المبيع ، وفارق الإجارة على الأعيان لأن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ، ومتى كان على منفعة فى الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ، ولا ما يقوم مقامها ، فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل ، وقولهم : لم يملك المنافع ، قد سبق الجواب عنه ، فإن قيل : فإن المؤجر إذا قبض الأجر انتفع به كله بخلاف المستأجر ، فإنه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها ، قلنا : لا يمتنع هذا ، كالأمر شرطاً التمتع به ، أو كان الثمن عيناً .

(فصل)

٤١١١

(الحكم السادس) أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله ، وإن شرطه مُنجماً يوماً ، يوماً ، أو شهراً ، شهراً ، أو أقل من ذلك ، أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه ، لأن إجارة العين كبيعها ، وبيعها بصح بمن حال ، أو مؤجل ، فسكذلك إجارتها .

(فصل)

٤١١٢

وإذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر ، لأنه قبض المعقود عليه ، فاستقر عليه البذل ، كما لو قبض المبيع ، وإن سلمت إليه العين التى وقعت الإجارة عليها ، ومضت المدة ، ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر ، وإن لم ينفع ، لأن المعقود عليه تلف تحت يده ، وهى حقه ، فاستقر عليه بدلها ، كضمن المبيع ، إذا تلف فى يد المشتري ، وإن كانت الإجارة على عمل ، فسلم المعقود عليه ، ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها ، مثل أن يكثرى دابة ليركبها إلى حمص ، فقبضها ، ومضت مدة يمكن ركوبها فيها ، فقال أصحابنا : يستقر عليه الأجر ، وهو مذهب الشافعى ، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره ، فاستقر الضمان عليه . كما لو تلفت العين فى يد المشتري ، وكما لو كانت الإجارة على مدة ، فضت .

وقال أبو حنيفة : لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفى المنفعة ، لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن ، فلم

يستقر بدلا قبل استيفائها ، كالأجر للأجير المشترك ، فإن بذل تسليم العين ، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقرّ الأجر عليه ، لأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة ، فاستقرّ عليه الأجر ، كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين ، وكانت الإجارة على عمل ، فقال أصحابنا : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقرّ عليه الأجر ، وبهذا قال الشافعي ، لأن المنافع تلفت باختياره .

وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه ، وهو أصحّ عندي ، لأنه عقد على ما في الذمة ، فلم يستقرّ عوضه ببذل التسليم ، كالمسلم فيه ، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان ، فلم يستقرّ عوضها بالبذل ، كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها ، وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في إجارة فاسدة ، ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه ، لأنها لم تلفت تحت يده ، ولا في ملكه ، وإن قبضها ، ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها ، أو لا يمكن ، فمن أحد روايتان :

إحداها : عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده ، وهو قول الشافعي ، لأن المنافع تلفت تحت يده بموضع ، لم يسلم له ، فرجع إلى قيمتها ، كما لو استوفاهما .

والثانية : لا شيء له ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها ، كالفسخ الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجب أقلّ الأمرين ، من المسمى ، أو أجر المثل ، بناءً منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد . ولنا : أن ما تضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد ، كالأعيان ، وما ذكره لا نسلمه والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٤١١٣

قال ﴿ وإذا وقعت الإجارة على كل شهر شيء معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تنقضي كل شهر ﴾ :

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أجرتك هذا كل شهر بدينار ، فاختلف أصحابنا : فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة ، وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور ، واختيار الخرقي إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه باطلاق العقد ، لأنه معلوم بلى العقد ، وله أجر معلوم ، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به ، وهو السكنى في الدار ، إن كانت الإجارة على دار ، لأنه مجهول حال العقد ، فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه ، فصحّ بالعقد الأول ، وإن لم يتلبس به ، أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ ، وكذلك حكم كل شهر بأشئ ، وهذا مذهب أبي ثور . وأصحاب الرأي ، وحكى عن مالك نحوه هذا . إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده . لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر ، فلا يحتاج إلى ذكر المدة . إلا في

اللزوم . واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر ، وأبو عبد الله بن حامد : أن العقد باطل وهو قول الثوري ،
والصحيح من قول الشافعي ، لأن كل اسم لأمدة ، فإذا لم يقدره كان مبهماً مجهولاً ، فيكون فاسداً ،
كما لو قال : أجرتك مدة ، أو شهراً ، وحمل أبو بكر ، وابن حامد كلام أحمد في هذا ، على أن الإجارة
وقعت على أشهر معينة .

ووجه الأول . « أن علياً رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة ، وجاء به إلى النبي
صلى الله عليه وسلم يأكل منه » ، قال علي : كنت أدلوا الذلوة بتمرة ، واشترطها جلدة ، وعن رجل
من الأنصار : أنه قال ليهودي : أسقي نخلك ؟ قال : نعم ، كل دلو بتمرة ، واشترط الأنصاري أن
لا يأخذها خديرة^(١) ، ولا تارزة ، ولا حشفة ، ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين ، فجاء به
إلى النبي صلى الله عليه وسلم . رواها ابن ماجه ، في سننه ، وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه في كل شهر
مع ما تقدم في العقد من الإنفاق على تقدير أجره ، والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار
كالمبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها .

فعلى هذا : متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الإجارة فيه ، لعدم العقد ، وإن فسخ ، فكذاك ،
وليس بفسخ في الحقيقة ، لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا
بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد ، وهو عذر غير صحيح ، لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم
بالقبض ، ولا يضمن بالمستى ، ثم لم يحصل القبض ههنا ، إلا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصح ، لأن
الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

(فصل)

٤١١٤

إذا قال : أجرتك دارى عشرين شهراً ، كل شهر بدرهم جاز ؛ بغير خلاف فعليه ، لأن المدة معلومة ،
وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسخ بحال ، لأنها مدة واحدة ، فأشبهه ما لو قال : أجرتك عشرين
شهراً بمشرين درهماً ، وإن قال : أجرتكها شهراً بدرهم ، وما زاد فبحسب ذلك صح في الشهر الأول ،
لأنه أفردته بالعقد ، وبطل في الزائد لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال : أجرتكها
كل شهر بدرهم ، لأن معناهما واحد ، ولو قال : أجرتكها هذا الشهر بدرهم ، وكل شهر بعد ذلك بدرهم ،
أو قال : بدرهمين . صح في الأول . وفيما بعده وجان .

(فصل)

٤١١٥

والإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب

(١) الخدرة : الثمرة تقع من النحل قبل أن تنضج ، والتارزة : اليابسة لاروح فيها ، والحشفة : أردأ النمر ، أو
الضعيفة لانوى لها ، أو اليابسة الفاسدة .

الرأى ، وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازماً كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف ، والسلم باسم ، وسواء كان له عذر ، أو لم يكن ، وبهذا قال مالك ، والشافعى وأبو نور .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يجوز للمستكرى فسخها لعذر في نفسه ، مثل أن يكتري أجلاً ليحج عليه ، فيمرض ، فلا يتمكن من الخروج ، أو تضيع نفقته ، أو يكتري دكاناً للبر ، فيحترق متاعه ، وما أشبه هذا ، لأن العذر يعتذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فلك به الفسخ ، كما لو استأجر عبداً فأبق . ولما أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر ، فلم يجوز لعذر في غير المعقود عليه ، كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المستكرى ، لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ، ودفعاً للضرر عن كل واحد من المتعاقدين ، ولم يجوز ثم فلا يجوز ههنا ، وبفارق الإباق ، فإنه عذر في المعقود عليه .

﴿ مسألة ﴾

٤١١٦

قال ﴿ ومن استأجر عقاراً مدةً بعينها ، فبدا له قبل تقضيها ، فقد لزمته الأجرة كاملة ﴾ . وجملة أن الإجارة عقد لازم ، يقتضى تملك المؤجر الأجر ، والمستأجر المنافع ، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها ، وترك الانتفاع اختياراً منه ، لم تنفسخ الإجارة ، والأجر لازم له ، ولم يزُل ملكه عن المنافع ، كما لو اشترى شيئاً ، وقبضه ، ثم تركه ، قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : رجل اشترى بغيراً ، فلما قدم المدينة قال له : فاسخني ، قال : ليس ذلك له ، قد لزمه الكراء ، قلت : فإن مرض المستكرى بالمدينة ، فلم يحمل له فسخاً ، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين ، فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخه لم يقط الموضع الواجب عليه ، كالبيع .

(فصل)

٤١١٧

ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة إجارة العقار ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل ، والدواب جائز ، ولا تجوز إيجارها إلا في مدة معينة ، معلومة ، ولا بد من مشاهدته ، وتحديدته ، فإنه لا يصير معلوماً إلا بذلك ، ولا يجوز إطلاقه ، ولا وصفه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو نور : إذا ضبط بالصفة أجزاء ، وقال أصحاب الرأى : له خيار الرؤية ، كقولهم في البيع ، ويتخرج لنا مثل ذلك ، بناء على البيع ، والخلاف ههنا مبنى على الخلاف في البيع ، ولم يكتف بالصفة ، لأنه لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، كما لا يعلم في البيع إلا بذلك ، فإن كان داراً ، أو حماماً احتاج إلى مشاهدة البيوت ، لأن المرض يختلف بصورها ، وكبرها ، ومرافقها ، ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ، ومعرفة ماء الحمام ، إما من قناة ، أو بئر ، فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ، ليعلم حمقها ، ومؤنة استسقاء الماء

منها ، ومشاهدة الأثون ، ومطرح الرماد ، وموضع الزبل ، ومصرف ماء الحمام ، فتي أخل بهذا ، أو بعضه لم تصح للجمالة بما يختلف الفرض به .

٤١١٨

(فصل)

وكره أحمد كراء الحمام ، وسئل عن كرائه ، فقال : أخشى ، فقيل له : إذا شرط على المسكترى أن لا يدخله أحد بغير إزار ، فقال : ومن يضبط هذا ؟ وكأنه لم يجبه ، قال ابن حامد : هذا على طريق الكراهة تنزيها لا تحريما ، لأنه تبدو فيه عورات الناس ، فتحصل الإجارة على فعل محظور ، فكرهه لذلك ، فأما المقد فصحیح ، وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز ، إذا حدده ، وذكر جميع آفته شهورا مستامة ، وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأبي نور ، وأصحاب الرأي ، لأن المسكترى إنما يأخذ الأجر عوضا عن دخول الحمام ، والاغتسال بئانه ، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة ، وإن وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه ، كما لو اكترى دارا ليسكنهما ، فشرب فيها خمرًا .

٤١١٩

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضى المدة ﴾

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالمقد ، كما يملك المشتري المبيع بالبيع ، وبزول ملك المؤجر عنها ، كما يزول ملك البائع عن المبيع ، فلا يجوز له التصرف فيها ، لأنها صارت مملوكة لغيره ، كما لا يملك البائع التصرف في المبيع ، فإن تصرف فيها نفارنا ، فإن كان ذلك في حال بدا للمستأجر قبل تقضى المدة ، مثل أن يكتري دارا سنة ، فيسكنها شهرا ، ويتركها ، فيسكنها المالك بقية السنة ، أو يؤجرها لغيره ، احتمل أن يفسخ المقد فيما استوفاه المالك ، لأنه يتصرف فيه قبل قبض المسكترى له ، فأشبه ما لو تلف المكمل قبل تسليمه ، وسلم باقيه .

فعلى هذا : إن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ المقد في قدر ما تصرف فيه ، دون ما لم يتصرف فيه ، ويكون على المستأجر ما بقي ، فلو سكن المستأجر شهرا ، وتركها شهرا ، وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين ، وإن سكنها شهرا ، وسكن المالك شهرين ، ثم تركها ، فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ، ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة ، وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك ، مما على المستأجر من الأجر ، ويلزمه البقي . لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه ، فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار عنها قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى ، والإجارة ، وغيرها .

فملى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المستوفى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر ، والأول أولى ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وإن تصرف المالك قبل تسليم العين ، أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الإجارة ، انفسخت الإجارة ، وجهاً واحداً ، لأن العاقد قد ألتف المقود عليه قبل تسليمه ، فانسخ العقد ، كما لو باعه طعاماً ، فأنلفه قبل تسليمه ، وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالحصّة ، كالبيع إذا سلم بمضه ، وألتف بعضاً .

﴿مسألة﴾

٤١٢٠

قال ﴿ فإن حوله المالك قبل تقضى المدة لم يكن له أجر لما سكن ﴾

يعنى إذا استأجر عقاراً مدة ، فسكنه بعض المدة ، ثم أخرجه المالك ، ومنعه تمام السكنى ، فلا شيء له من الأجرة ، وقال أكثر الفقهاء : له أجر ما سكن ، لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة ، فلزمه عوضه ، كالبيع إذا استوفى بمضه ، ومنعه المالك بقيته ، كما لو تمذّر استيفاء الباقي لأمرٍ غالب .

وانما : أنه لم يُسلم إليه ما عقد الإجارة عليه ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره ليحمل كتاباً ، فحمله بعض الطريق ، أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً ، فحفر له عشرةً وامتنع من حفر الباقي ، وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع .

ويفارق ما إذا امتنع لأمرٍ غالب لأن له عذراً ، والحكم فيمن أكثرى دابةً ، فامتنع الكرى من تسليمها في بعض المدة ، أو أجر نفسه ، أو عبده لخدمة مدةً وامتنع من إتمامها ، أو أجر نفسه لبناء حائط ، أو خياطة ، أو حفر بئر ، أو حمل شيء إلى مكان ، وامتنع من إتمام العمل ، كالحكم في العقار يمتنع به تسليمه ، وأنه لا يستحق شيئاً لما ذكرنا .

(فصل)

٤١٢١

إذا هرب الأجير ، أو شردت الدابة ، أو أخذ المؤجر العين ، وهرب بها ، أو منعه استيفاء المذممة منها ، من غير هرب ، لم تنسخ الإجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ ، فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الإجارة بمضى المدة يوماً ، فيوماً ، فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الإجارة ، لفوات المقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة ، كخياطة ثوب ، أو بناء حائط ، أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من عمله ، كما لو أسلم إليه في شيء ، فهرب ، ابتدع من ماله . فإن لم يكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فإن فسخ

فلا كلام . وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبة بالعمل . لأن ما في الدمة لا يفوت بهربه .

وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه ، أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض . فلا أجر له فيه ، على ما سبق ، إلا أن يرد العين قبل انقضاء الدمة ، أو يتم العمل ، وإن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما إن شردت الدابة ، أو تمذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر ، فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال .

﴿ مسألة ﴾

٤١٢٢

قال ﴿ فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه ﴾ .

وجملته : أن من استأجر عيناً مدة ، فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة . أحدها : أن ت تلف العين ، كدابة تنفق ، أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرب . أحدها : أن ت تلف قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه . لأن الموقوف عليه تلف قبل قبضه . فأشبه ما لو تلف الطعام المبسوخ قبل قبضه .

والثاني : أن ت تلف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ، وبسقط الأجر في قول عامة الفقهاء ، إلا أبا نور ، حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر . لأن الموقوف عليه أ تلف بعد قبضه ، أشبه المبسوخ ، وهذا غلط . لأن الموقوف عليه المنافع ، وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك ، فأشبه تلفها قبل قبض العين .

الثالث : أن ت تلف بعد مضي شيء من الدمة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من الدمة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة .

قال أحمد في رواية إبراهيم بن الحارث : إذا اشترى بعيراً يمينه ، فنفق البعير ، يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن الموقوف عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه ، فبطل العقد فيما تلف ، دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين ، فقبض إحداها ، وتلفت الأخرى قبل قبضها ، ثم ننظر : فإن كان أجر الدمة متساوياً فمليه بقدر ما مضى ، وإن كان قد مضى النصف فمليه نصف الأجر ، وإن كان قد مضى الثلث فمليه الثلث ، كما يتم الثمن على المبيع للتساوي ، وإن كان مختلفاً ، كدراجه في

الشتاء أكثر من أجرها في الصيف ، وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء ، أو دار لها موسم ، كدور مكة رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة ، ويقسّط الأجر المسمّى على حسب قيمة المنفعة ، كقسمة الثمن على الأعيان الخلفة في البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة ، كبعير استأجره على حمل شيء إلى مكان معين ، وكانت منساوية الأجزاء ، أو مختلفة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل)

٤١٣٣

القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، كدار انهدمت ، وأرض غرقت ، أو انقطع ماؤها ، فهذه يُنظر فيها . فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له ، مثل أن يمكن الانتفاع بقرصة الدار . والأرض ، لوضع حطب فيها ، أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها ، للزراعة ، أو صيد السمك من الأرض التي غرقت ، انفسخت الإجارة أيضاً . لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت ، فانفسخت الإجارة ، كما لو استأجر ذابة ليركبها ، فزمنت^(١) بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى . وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها : لا تنفسخ الإجارة فيها ، وهو منصوص الشافعي . لأن المنفعة لم تبطل جملةً لأنه يمكن الانتفاع بقرصة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه .

فعلى هذا : يختار المستأجر بين الفسخ ، والإمضاء . فإن فسخ لحكمه حكم العبد إذا مات . وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الأجر ، لأن ذلك عيب . فإذا رضى به سقط حكمه . فإن لم يختار الفسخ ولا الإمضاء إما لجهله بأن له الفسخ ، أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك ، والأول أصح . لأن بقاء غير المقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بقلب المقود عليه ، كما في البيع .

ولو كان النفع الباقي في الأعيان مما لا يُباح استيفاءه بالعقد ، كدابة استأجرها للركوب ، فصارت لا تصلح إلا للعمل ، أو بالعكس ، انفسخ العقد وجهاً واحداً ، لأن المنفعة الباقية لا يملك استيفاءها مع سلامتها ، فلا يملكها مع تميمها ، كبعيرها .

وأما إن أمكن الانتفاع بالعين ، فيما اكترها له ، على نمط من القصور ، مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء ، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة ، أو يسوء الزرع ، أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار ، إما في خيمة ، أو غيرها لم تنفسخ الإجارة ، لأن المنفعة المقود عليها لم تزل بالكلية ، فأشبه ما لو تعيبت ، وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا . إلا في الدار إذا انهدمت ، فإن فيها وجهين .

(١) زمنت : عجزت عن العمل لعدم استطاعتها الحركة الكثيرة وقات قوتها .

أحدهما : لا تنفسخ الإجارة .

والثاني : تنفسخ : لأنه زال اسمها بهدمها ، وذهبت المنفعة التي تُقصد منها ، ولذلك لا يستأجر أحدٌ عَرَصَةً دارٍ ليسكنها . فأما إن كان الحادث في العين لا يضرّها ، كتمزق الأرض بماء ينحسر في قرب من الزمان ، لا يمنع الزرع ، ولا يضرّه ، وانقطاع الماء عنها ، إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر ، أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج إليه فيه ، فليس للمستأجر الفسخ ، لأن هذا ليس بعيب ، وإن حدث الفرق المضّر ، أو انقطاع الماء ، أو انهدم بعض العين المستأجرة ، فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ ، أو ثبوت الخيار ، والمكترى الخيار في تبقية العين ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختار الإمساك أمسك بالحصّة من الأجر كما إذا تلف أحد الفقيرين من الطعام في يد البائع .

٤١٢٤

(فصل)

القسم الثالث : أن تعصب العين المستأجرة ، فلمستأجر الفسخ ، لأن فيه تأخير حقه ، فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدّة الإجارة فله الخيار بين الفسخ ، والرجوع بالمستى ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة الفاعب بأجر المثل ، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً ، بل إلى بدل ، وهو القيمة ، فأشبهه مالو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكلّ حال ، على الرواية التي تقول : إن منافع الغصب لا تضمن ، وهو قول أصحاب الرأي ، ولأصحاب الشافعيّ في ذلك اختلاف .

وإن زادت العين في أثناء المدّة ، ولم يكن فسخٌ استوفى ما بقى منها ، ويكون فيما مضى من المدّة مخيراً كما ذكرنا .

وإن كانت الإجارة على عمل ، كخياطة ثوب ، أو حمل شيء إلى موضع معيّن ، ففصب جملة الذي يحمل عليه ، وعبدته الذي يخطط له لم ينفسخ العقد ، ولمستأجر مطالبة الأجير بعوض المقصوب ، وإقامة من يعمل العمل ، لأنّ العقد على ما في الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً ، فردّه ، فإن تعذّر البديل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المقصوبة ، فيستوفي منها .

٤١٢٥

(فصل)

القسم الرابع : أن يتعذّر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها ، مثل أن يَأْبَى العبد أو تَشْرُد الدابة ، وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا .

٤١٢٦

(فصل)

القسم الخامس : أن يحدث خوف عامّ يمنع من سكّني ذلك المكان الذي فيه الدين المستأجرة ،

أو تُخَصَّر البلد ، فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، ونحو ذلك ، فهذا يُثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة ، فأثبت الخيار ، كقصب العين ، ولو استأجر دابة ليركبها ، أو يحمل عليها إلى مكان معين ، فأنقطت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكترى إلى مكة ، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فاسكل واحد منهما فسخ الإجارة .

وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ، لأن الحق لها لا يعدوها ، فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، مثل أن يخاف وحده تقرب أعدائه من الموضع المستأجر ، أو حلولهم في طريقة لم يملك الفسخ ، لأنه عذر يختص به ، لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية ، فأشبه مرضه ، وكذلك لو حبس ، أو مرض ، أو ضاعت نفقته ، أو تلف متاعه لم يملك فسخ الإجارة لذلك ، لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته ، فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه ، كما لو تركها اختياراً .

(فصل)

٤١٢٧

وإذا اكترى عيماً ، فوجد بها عيباً لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه ، وقال ابن المنذر إذا اكترى دابةً بعينها ، فوجدها جَوْحاً ، أو عَضُوضاً ، أو تَفُوراً ، أو بها عيب غير ذلك فما يفسد ركوبها ، فلما كترى الخيار : إن شاء ردّها وفسخ الإجارة ، وإن شاء أخذها ، وهذا قول أبي ثور ، وأصحاب الرأي ، ولأنه عيب في المعقود عليه ، فأثبت الخيار ، كالعيب في بيع الأعيان .

والعيب الذى يردّ به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظفر في المشى ، والعرج ، الذى يتأخر به عن القافلة ، وريض البهيمة بالحمل ، وكونها جَوْحَةً أو عَضُوضَةً أو أشباه ذلك .

وفي المكترى للخدمة ضعف البصر ، والجنون ، والجذام ، والبرص ، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها ، وانقطاع الماء من بئرها ، أو تغيره بحيث يمتنع الشرب ، والوضوء ، وأشياء ذلك من النقائص ، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت المكترى خيار الفسخ ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد ، مثل قبض الباقي من المعقود عليه ، فأثبت الفسخ فيما بقي منها ، ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن رضى المالك ، ولم يفسخ لزمه جميع العوض ، لأنه رضى به ناقصاً ، فأشبهه مالورضى بالمبيع معيباً ، وإن اختلفا في الوجود : هل هو عيب أولاً ؟ رُجع فيه إلى أهل الخبرة ، فإن قالوا : ليس بعيب ، مثل أن تكون الدابة خَشَنَةَ المشى ، أو أنها تُعِيبُ راكبها ، لكونها لا تُركب كثيراً ، فليس له فسخ ، وإن قالوا : هو عيب فله الفسخ ، هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها ، فأما إن كانت وصوفة في لذة لم ينفسخ العقد ، وعلى المكترى إبدائها ، لأن العقد لم يتعلق بعينها ،

أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته ، فإن عجز عن إبدالها ، أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه ، فلكسكترى الفسخ أيضاً .

(فصل — ل)

٤١٢٨

وعلى المسكرى ما يتمكن به من الانتفاع ، كتسليم مفاتيح الدار ، والحمام ، لأن عليه التمكن من الانتفاع ، وتسليم مفاتيحها تمكن من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفريط من المسكترى ، فعلى المسكرى بدلها ، لأنها أمانة في يد المسكترى : فأشبه ذلك حيطان الدار ، وأبوابها ، وعليه بناء حائط ، إن سقط ، وإبدال خشبه إن انكسر ، وعايه تبايط الحمام ، وعمل الأبواب ، والبزل ، ومجرى الماء ، لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع ، وما كان لاستيفاء المنافع ، كالحبل ، والدلو ، والبكرة ، فعلى المسكترى ، وأما التحسين ، والتزويق ، فلا يلزم واحداً منهما ، لأن الانتفاع ممكن بدونه ، وأما تنقية البالوعة ، والكُنف ، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المسكرى ، لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع ، وإن امتلأت بفعل المسكترى ، فعليه تفريغها ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأشبهه مالو اكترى ، وهى ملاءى ، وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المسكترى ، والاستحسان أنه على رب الدار . لأن عادة الناس ذلك .

ولنا أن ذلك حصل بفعل المسكترى . فكان عليه تنظيفه ، كما لو طرح فيها قماشاً ، والقول في تفريغ حية الحمام التى هى مصرف الماء . كالقول فى بالوعة الدار ، وإن انقضت الإجارة وفى الدار زبل ، أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله . وهذا قول الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى .

(فصل — ل)

٤١٢٩

وإن شرط على مكترى الحمام ، أو غيره أن مدّة تعطيله عليه لم يجز ، لأنه لا يجوز أن يؤجّر مدّة لا يمكن الانتفاع فى بعضها . ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفى بقدرها بعد انقضاء مدّته ، لأنه يؤدّى إلى أن يكون انتهاء مدّة الإجارة مجهولاً ، فإن أطلق ، وتعطل فهو عيب حادث ، والمسكترى بالخيار بين الإمساك بكلّ الأجر ، وبين الفسخ ، ويتخّرّج أن له أرش العيب ، قياساً على المبيع المعيّب ، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدّة الإجارة فعليه الأجر كلّهُ ، لأنه استوفى المعقود عليه ، فأشبهه مالو علم العيب بعد العقد ، فرضيه ، ويتخّرّج أن له أرش العيب ، كما لو اشترى معيّباً ، فلم يعلم عيبه حتى أكله ، أو تلف فى يده .

(فصل — ل)

٤١٣٠

وإن شرط الإنفاق على المدين النفقة الواجبة على المسكرى ، كعمارة الحمام إذا شرطها على المسكترى ، فالشرط قاسد ، لأن المدين مالك المؤجّر ، فنفتهما عليه ، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المسكرى ،

لأنه أنفق على ملكه ، بشرط العوض ، فإن اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المسكرى ، لأنه مُدبر ، فإن لم يشترط لسكن أذن له في الإنفاق ليجنس له من الأجر ، ففعل ، ثم اختلفا ، فالقول قول المسكرى أيضاً ، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشيء ، لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك ، فأشبهه ماله ماله داراً له أخرى .

﴿ مسألة ﴾

٤١٣١

قال ﴿ومن استؤجر لعمل شيء بعينه ، ففرض أقيم مقامه من عمله ، والأجرة على المريض ﴾ وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الأدمى بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد أجاز موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبو بكر رجلاً ليدلهم على الطريق ، وذكر النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً استأجر أجراً كل أجير بفرق^(١) من ذرة وقال « إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابِ كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءَ فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غَدَوْتِي إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ فَلِي قِيرَاطٌ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ ، ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ نِصْفِ النَّهَارِ إِلَى الْمَصْرِ فَلِي قِيرَاطٌ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى ، ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْمَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ فَلِي قِيرَاطَيْنِ قِيرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ فَفَضَيْتِ الْيَهُودَ ، وَالنَّصَارَى ، وَقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْلُ أَجْرًا ، فَقَالَ : هَلْ ظَلَمْتُكُمْ مِنْ أَجْرِكُمْ شَيْئًا ؟ قَالُوا : لَا . قَالَ : فَإِنَّمَا هُوَ فَضْلِي أَوْتِيهِ مَنْ أَشَاءَ » ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، فجازت إجارته ، كاللدور ، ثم إجارته تقع على ضربين :

أحدهما : استئجاره مدة بعينها ، لعمل بعينه ، كإجازة موسى عليه السلام نفسه ثمانين حجج واستئجار الأجراء المذكورين في الخبر .

والثاني : استئجاره على عمل معين في الذمة ، كاستئجار النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبي بكر دليلاً يدلهم على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قميص ، أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين . أحدهما : أن تقع الإجازة على عين ، كإجازة عبده لرعاية غنمه ، أو ولده لعمل معين .

والثاني . أن تقع على عمل في الذمة ، كخياطة قميص ، وبناء حائط ، فتى كانت على عمل في ذمته ، ففرض وجب عليه أن يُقيم مقامه من عمله ، لأنه حق وجب في ذمته ، فوجب عليه إيفاؤه ، كالمسلم فيه ، ولا يجب على المستأجر إنظاره ، لأن العقد بإطلاقه ، يقتضى التمتع ، وفي التأخير إضرار به ، فأما إن كانت الإجازة على عبده في مدة ، أو غيرها ، ففرض لم يُقيم غيره مقامه ، لأن الإجازة وقعت على عمله بعينه ،

(١) الفرق : بفتح الفاء والراء ، وفتح الفاء وسكون الراء والأول أنصح : هو مكيل يسع ثلاثة أصع أو ستة عشر رطلاً ، أو أربعة أرباع .

لا على شيء في ذمته ، وعمل غيره ليس معقوداً عليه ، وإنما وقع العقد على معين ، فأشبهه مالو اشترى معيناً لم يجوز أن يدفع إليه غيره ، ولا يبدله ، بخلاف مالو وقع في الذمة . فإنه يجوز إبدال المعيب ، ولا يفسخ العقد بتلاف ما تسامه ، والمبيع المعين بخلافه ، فكذا الإجارة ، وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة لسكنه لا يقوم غير الأخير مقامه ، كأنسخ ، فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامة غيره مقامه ، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير ، لأن الغرض لا يحصل من غير الناسخ ، كحصوله منه ، فأشبهه مالو أسلم إليه في نوع ، فسلم إليه غيره ، وهكذا كل ما يختلف باختلاف الأعيان .

(فصل)

٤١٣٢

يجوز الاستئجار لحفر الآبار ، والأنهار ، والقنى ، لأنها منفعة معلومة ، يجوز أن يقطع بها الرجل على غيره ، فجاز عقد الإجارة عليه كالخدمة ، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين . فإن قيده بمدة ، نحو أن يقول : استأجرتك شهراً لتحفر لى بئراً أو نهراً لم يحتاج إلى معرفة القدر ، وعليه أن يحفر ذلك الشهر ، قليلاً حفر ، أو كثيراً ، ويحتاج إلى معرفة الأرض التي يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا : لا يحتاج إلى معرفتها ، لأن الغرض لا يختلف بذلك ، والأول أولى إن شاء الله ، لأن الأرض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقاً ، وقد تكون سهلة ، فيسهل ذلك عليه ، وإن قدره بالعمل ، فلا بد من معرفة الوضع بالمشاهدة . لأن المواضع تختلف بالسهولة ، والصلابة ، ولا ينضبط ذلك بالصفة . ويعرف دور البئر . وعمقها ، وطول النهر . وعمقه ، وعرضه . لأن العمل يختلف بذلك . فإذا حفر بئراً فعمله شيل التراب . لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد . فإن تهوّر تراب من جانبيها . أو سقطت فيه بهيمة . أو نحو ذلك . لم يلزمه شيله . وكان على صاحب البئر . لأنه سقط فيها من ماله . ولم يتضمن عقد الإجارة رفعه .

وإن وصل إلى صخرة ، أو جراد يمنع الحفر ، لم يلزمه حفره . لأن ذلك يخالف لما شاهده من الأرض ، وإنما اعتبرت مشاهدة الأرض ، لأنها تختلف ، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ ، فإذا فسخ كان له من الأجر بحصة ما عمل ، فيقسط الأجر على ما بقي ، وما عمل ، فيقال : كم أجر ما عمل ؟ وكم أجر ما بقي ؟ ويقسط الأجر المسمى عليهما ، ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع . لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه ، وأسفله يشق ذلك فيه ، وإن نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا .

(فصل)

٤١٣٣

ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ، ويكون على مدة ، أو عمل . فإن قدره بالعمل احتاج إلى تعيين عدده ، وذكر قالبه ، وموضع الضرب . لأن الأجر يختلف باختلافه ، لسكون التراب في بعض الأماكن أسهل ، والماء أقرب ، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز ، كما إذا كان السكيا معروفاً ،

وإن قدره بالطول ، والغرض ، والسمك جاز ، ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب ، إذا لم يكن معروفاً ، لأن فيه غرراً . وقد يتلف القالب ، ولا يصح كمالو أسلم في مكياال بعينه .

(فصل)

٤١٣٤

ويجوز الاستئجار للبناء ، وتقديره بالزمان ، أو العمل ، فإن قدره بالعمل : فلا بد من معرفة موضعه . لأنه يختلف أيضاً بقرب الماء ، وسهولة التراب ، ولا بد من ذكر طوله ، وعرضه ، وسمكه ، وآلة البناء من لبن ، وطين ، أو حجر . وطين ، أو شيد ، وأجر ، أو غير ذلك ، قال ابن أبي موسى : وإذا استأجره لبناء ألف لينة في حائطه ، أو استأجره يبني له فيه يوماً فعمل ما استأجره عليه ، ثم سقط الحائط ، فله أجره ، لأنه وفى العمل ، وإن قال : ارفع لى هذا الحائط عشرة أذرع ، فرفع بعضه ، ثم سقط . فعليه إعادة ماسقط ، وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الزرع ، وهذا إذا لم يكن سقوطه فى الأول لأمر من جهة العامل ، فأما إن فرط ، أو بناء محلولاً ، أو نحو ذلك ، فسقط ، فعليه إعادته ، وغرامة ما تلف منه .

(فصل)

٤١٣٥

ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان ، وتخصيصها ، ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف ، فنه رقيق ، ونخين ، وأرض السطح تختلف ، فمنها العالى ، ومنها النازل ، وكذلك الحيطان ، فلذلك لم يميز إلا على مدة .

(فصل)

٤١٣٦

ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه ، أو حديث ، أو شعراً مباحاً ، أو سجلات ، نص عليه فى رواية مثنى بن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأساً .

ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق ، وقدرها ، وعدد السطور ، فى كل ورقة ، وقدر الحواشى ، ودقة القلم ، وغلظه ، فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز ، وإن أمكن ضبطه بالصفة ضبطه ، وإلا فلا بد من مشاهدته ، لأن الأجر يختلف باختلافه .

ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع ، ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه ، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز ، وإذا أخطأ بالشئ اليسير الذى جرت العادة به عفى عنه ، لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وإن أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ، ولا التشاغل بما يشغل سره ، ويوجب غلظه ، ولا لغيره تحديته وشغله ، وكذلك كل الأعمال التى تحتل بشغل السر ، والقلب ، كالمصارعة ، والنساجة ، ونحوها .

٤١٣٧

(فصل)

ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم ، ورؤى ذلك عن جابر بن زيد ،
رمالك بن دينار ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال ابن سيرين : لا بأس أن
يستأجر الرجل شهراً ، ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر ، ولعله يرى أن ذلك
مما يختص فاعله بكونه من أهل القرية فكره الأجر عليه كالمصلاة .

ولنا : أنه فعلٌ مباح ، يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير ، فجاء أخذ الأجر عليه ، ككتابة الحديث ،
وقد جاء في الخبر « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » .

٤١٣٨

(فصل)

ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكان إبراهيم بن أدهم يؤجر نفسه
لحصاد الزرع ، ويجوز أن يقدره بمدة ، وبعمل معين ، مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن
يستأجر رجلاً لسقي زرعه ، وتنقيته ، ودياسه ، ونقله إلى موضع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليعتطب له ،
لأنه عمل مباح تدخله النيابة ، أشبه حصاد الزرع . قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يعتطب له على
حارين كل يوم ، فكان الرجل ينقل عليهما ، وعلى حمير لرجل آخر . وبأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل
عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرر به اشتغاله عن عمله ،
لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضرر
لا يرجع بشيء ، لأنه أكثره لعمل ، فوفاه على التمام ، فلم يلزمه شيء ، كالمستأجره لعمل ،
فكان يقرأ القرآن في حال عمله ، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه ، ويحتمل أنه أراد أنه يرجع
عليه بقيمة ماعاه لغيره ، لأنه صرف منفعه المقود عليها إلى عمل غير المستأجر ، فكان عليه قيمتها ، كالمعمل
لنفسه ، وقال القاضي : معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر ، لأن منفعه في هذه المدة مملوكة لغيره .
فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره .

٤١٣٩

(فصل)

ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس ، فما دونهما ، وبه قال مالك ، والشافعي . وأبو ثور ،
وقال أبو حنيفة : لا يجوز في النفس ، لأن عدد ضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين ، إذ يمكن أن
يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف ، فكان مجهولاً .

ولنا : أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه ، لا يختص فاعله بكونه من أهل القرية ، فجاء الاستئجار
عليه ، كالقصاص في الطرف ، وقوله أن عدد الضربات يختلف ، وهو مجهول يبطل بجحالة التوب ،

فإن عدد الفرزات مجهول ، وقوله إن محله غير متمين قلنا : هو متقارب ، فلا يمنع ذلك صحته ، كوضع الخيطاة من حاشية الثوب ، والأجر على المقتص منه ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : هو على المستوفى ، لأنه غير متمين ، فليس على المقتص منه إلا التمكين ، كما لو اشترى ثمرة نخلة .

ولنا : أنه أجزء يجب لإيفاء حق ، فكان على الموفى كأجر الكيال ، والوزان ، وما ذكره غير صحيح . فإن القطع مستحق عليه ، بخلاف الثمرة ، بدليل أنه لو مكّنه من القطع فلم يقطع ، وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ، ولو كان التمكين تسليماً لسقط حقه ، كالثمرة .

(فصل)

٤١٤٠

ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هادياً خريّياً^(١) ، وهو الماهر بالهداية ، ليدلّهما على طريق المدينة ، ويجوز استئجار كيال ، ووزان لعمل معلوم ، أو في مدة معلومة ، وبهذا قال مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

وقد روى في حديث سويد بن قيس : أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاشترى منّا رجل مرأوبل ، وتمّ رجل يزن بأجر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زِنْ وَأَرْجِعْ » رواه أبو داود ، ويجوز استئجار رجل ليلازم غريباً يستحق ملازمته ، وسئل أحمد . عن ذلك ، فقال : لا بأس ، قد شمله ، وقال في موضع آخر : غير هذا أحجب إلى ، كرهه ، لأنه يؤول إلى الخصومة ، وفيه تضيق على مسلم ، ولا يأمّن أن يكون ظالماً ، فيساعده على ظلمه ، لكنّه جائز في الجملة ، لأن الظاهر أنه مُحَقٌّ ، فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحق ، ولهذا أجزنا للموكل فعله .

(فصل)

٤١٤١

ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ، ورخص فيه ابن سيرين ، وعطاء ، والذخمي ، وكرهه الثوري ، وحماد .

ولنا : أنها منفعة مباحة ، تجوز النيابة فيها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالبناء ، ويجوز على مدة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها ، لأن المدة معلومة ، والعمل معلوم أشبه الخيطات والقصار . فإن عيّن العمل دون الزمان ، فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً ، وإن قال :

(١) الحرث : بكسر الحاء وتشديد الراء مكسورة الدليل الحاذق .

كلما اشترى ثوباً فلك درهم أجراً ، وكانت الثياب معلومة بصفة ، أو مقدرة بضمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحد أنه لا يجوز ، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها . فإن اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ، لأنه عمل عملاً بموضع لم يسلم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجازات الفاسدة .

(فصل)

٤١٤٢

وإن استأجر ليدفع له ثياباً بعينها صح ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يصح . لأن ذلك يتعذر عليه ، فأشبهه ضرب الفحل وسحل الحجر الكبير .

ولنا : أنه عمل مباح ، تجوز النيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز الاستئجار عليه ، كسراء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمان ، فجاز مقدراً بالعمل ، كالخياطة ، وقولهم : إنه غير ممكن لا يصح . فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ، ولذلك صحت المضاربة . ولا تكون إلا بالبيع ، والشراء ، بخلاف ما قاسوا عليه . فإنه متعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة . احتمل أن لا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر ، بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه ، فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصح ، لأنه ممكن في الجملة ، فإن حصل من ذلك شيء ، استحق الأجر ، وإلا بطلت الإجارة ، كما لو لم يعين البائع ، ولا المشتري .

(فصل)

٤١٤٣

ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً ، أو امرأة ، حراً ، أو عبداً ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور : لأنه تجوز النيابة فيه ، ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية ، قال أحمد : أجير المشاهرة بشهد الأعياد ، والجمعة ، ولا يشترط ذلك ، قيل له : فيمتطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم يضر بصاحبه ، إنما أباح له ذلك ، لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ، ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلّي الأجير ركعات السنة ، وقال أبو ثور ، وابن المنذر : ليس له منعه منها ، وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة ، والحرّة للخدمة ، ولكن بصرف وجهه عن النظر ، ليست الأمة مثل الحرّة ، ولا يخلو معها في بيت ، ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها ، إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الإجارة حكمه قبلها ، وفرق بين الأمة ، والحرّة ، لأنهما يختلفان قبل الإجارة ، فكذلك بعدها .

٤١٤٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿وإذا مات المكري، والمكترى، أو أحدهما، فالإجارة بحالها﴾

هذا قول مالك، والشافعي، وإسحاق، والبيهقي، وأبي ثور، وابن المنذر، وقال الثوري، وأصحاب الرأي، والليث : تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ، لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت ، لأنه يستحق بالمقد استيفاءها على ملك المؤجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفاءها ، لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر في تركته .

ولنا أنه عقد لازم ، فلا يفسخ بموت العاقد مع سلامة العقود عليه ، كما لو زوج أمته ثم مات ، وما ذكره لا يصح ، فإننا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملك عليه الأجرة كاملة ، في وقت العقد ، ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ، ثم مات ، ولو صح ما ذكره لكن وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب في تركه بعد موته . كما لو حفر بئرا ، فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله . لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا .

٤١٤٥

(فصل)

وإن مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، أو كان غائبا ، كمن يموت في طريق مكة ويختلف جملة الذي اكتراه ، وليس له عليه شيء يحمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ، لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن منفعة العين ، فأشبهه ما لو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكترى ، والمكري ، لأن المكترى يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكري يمنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه .

وقد نقل عن أحمد في رجل اكترى بعبراً ، فمات المكترى في بعض الطريق ، فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له ، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الوضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق به انتفاع ، لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبهه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه ، فبراً ، أو انقلع قبل قلعه ، أو اكترى كحلاً لا يكحل عينه ، فبراً ، أو ذهبت . ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع ، لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ، ومنع الورثة من الانتفاع ، ولولا ذلك لما انفسخ العقد ، لأنه لا يفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة العقود عليه ، كما لو حبس مستأجر الدار ، ومنع من سكنها ، ولا يصح هذا ، لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الأجر .

وفارق هذا ما لو حبس المستأجر ، لأن المقود عليه انتفاعه ، وهذا لا يؤيس منه بالحبس ، فإنه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس ، وانتفاعه ، ويمكن أن يستنوب من يستوفى المنفعة ، إما بأجر ، أو غيره ، بخلاف الميت ، فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ، ونائبه ، فأشبه ما ذكرنا من الصور .

(فصل)

٤١٤٦

إذا أجزر الموقوف عليه الوقف مدة ، فمات في أثنائها ، وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان : أحدهما : لا تنفسخ الإجارة لأنه أجزر ملكه في زمن ولايته ، فلم يبطل بموته ، كما لو أجزر ملكه المطلق . والثاني : تنفسخ الإجارة فيما بقي من المدة ، لأننا تبيننا أنه أجزر ملكه ، وملك غيره ، فصح في ملكه ، دون ملك غيره ، كما لو أجزر دارين : أحدهما له ، والأخرى لغيره ، وذلك لأن المنافع بعد الموت حق لغيره ، فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ، ولا ولاية ، بخلاف المطلق ، فإن المالك يملك من جهة الموروث ، فلا يملك إلا ما خلفه ، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل إلى الوراث ، والمنافع التي أجزرها قد خرجت عن ملكه بالإجارة ، فلا تنتقل إلى الوراث ، والبطن الثاني في الوقف يملك من جهة الواقف ، فما حدث فيها بعد البطن الأول كان ملكاً لهم . فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير إذنه ، ولا ولاية له عليهم ، فلم يصح .

وبتخرج أن تبطل الإجارة كلها بناء ، على تفريق الصفة ، وهذا التفصيل مذهب الشافعي . فعلى هذا : إن كان المؤجر قبض الأجر كله ، وقلنا : تنفسخ الإجارة ، فلن انتقل إليه الوقف أخذه ، ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الأجر ، وإن قلنا : لا تنفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصته .

(فصل)

٤١٤٧

وإن أجزر الولي الصبي ، أو ماله مدة ، فبلغ في أثنائها ، فقال أبو الخطاب : ليس له فسخ الإجارة ، لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية ، فلم يبطل بالبلوغ ، كما لو باع داره ، أو زوجته ، ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية ، على ما ذكرنا في إجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجزره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها . مثل أن أجزره عامين ، وهو ابن أربع عشرة ، فتبطل في السادس عشر ، لأننا نتيقن أنه أجزره فيها بعد بلوغه ، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفة . وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها ، كالذي أجزره في الخامس عشر وحده ، فبلغ في أثنائه ، فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل ، لأننا لو قلنا : يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أقصى إلى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره ، وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه ، ولا يشبه النكاح ، لأنه لا يمكن

تقدير مدته ، فإنه إنما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا بلغ الصبي فله الخيار ، لأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه ، فإذا ملك ثبت له الخيار ، كالأمة إذا اعتقت تحت زوج .

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه . قبل أن يملك التصرف ، فإذا ملك لم يثبت له الخيار ، كالأب إذا زوج ولده ، وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا اعتقت تحت عبد ، لأجل العيب ، لا لما ذكره ، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للصبي ، أو ماله ، أو عزل ، وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده ، لأنه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولا يقره ، لم يبطل تصرفه بموته ، أو عزله ، أو كالمات ناظر الوقف ، أو عزل ، أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه . ويفارق ما لو أجز الموقوف عليه الوقف مدة ، ثم مات في أثناءها ، لأنه أجز ملك غيره بغير إذنه ، في مدة لا ولاية له فيها ، وهذا إنما يثبت للمولى الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول ، وهذا العقد قد تصرف فيه الأول ، فلم تثبت للثاني ولاية على ما تناولوه .

﴿ فصل ﴾

٤١٤٨

وإن أجز عبده مدة ، ثم اعتقه في أثناءها صحح العتق ، ثم يبطل عقد الإجارة في قياس المذهب ، ولا يرجع العبد على مولاه بشيء ، وهذا جديد قول الشافعي ، وقال في القديم : يرجع على مولاه بأجر المثل ، لأن المنافع تستوفي منه بسبب كان من جهة السيد ، فرجع به عليه ، كالمأجر له بعهده يمد عتقه على ذلك العمل .

ولنا أنها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببطلانها ، كالمؤجر أخته ، ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها ، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المسكره ، فإنه تمدى بذلك ، وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار في القسخ . أو الإمضاء ، كالصبي إذا بلغ للمعنى الذي ذكره ثم .

ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا يفسخ بالعتق ، ولا يزول ملكه عنه ، كما لو زوج أخته ، ثم باعها .

إذا ثبت هذا : فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه ، كما كانت ، وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على مُعتقه ، لأنه كالباقي على ماله ، بدليل أنه يملك عوض نفقه ، ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه ، لأنه مشغول بالإجارة ، ولا على المستأجر ، لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته . لم يبق إلا أنها على المولى .

٤١٤٩

(فصل)

إذا أجز عينا ، ثم باعها صحّ البيع ، نصّ عليه أحمد ، سواء باعها للمستأجر ، أو لغيره ، وبهذا قال الشافعيّ في أحد قوليه ، وقال في الآخر : إن باعها لغير المستأجر لم يصحّ البيع ، لأن يد المستأجر حائله تمنع التسليم إلى المشتري ، فمنعت الصحة كما في بيع الغصوب .

ولنا أن الإجارة عقد على المنافع ، فلم تمنع الصحة ، كما لو تزوّج أمته ، ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصحّ ، لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع ، والبيع على الرقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر ، كما لو باع الأمة الزوّجه ، ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه ، وهو عند انقضاء الإجارة ، ويكفي القدرة على التسليم حينئذٍ ، كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة : البيع موقوف على إجازة المستأجر ، فإن أجازها جاز ، وبطلت الإجارة ، وإن رده بطل .

ولنا : أن البيع على غير المعقود عليه في الإجارة ، فلم تعتبر إجارته ، كبيع الأمة المزوّجة .

إذا ثبت هذا : فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة ، ولا يستحقّ تسليم العين إلا حينئذٍ ، لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها إنما يستحقّه إذا انقضت الإجارة ، فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد ، فإنه لا يستحقّ تسليمها إلا بعد مضيّ مدة يمكن إحضارها فيها ، كالمسلم إلى وقت لا يستحقّ تسليم المسلم فيه إلا في وقته ، فإن لم يعلم المشتري بالإجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكلّ الثمن . لأنّ ذلك عيب ، ونقص .

٤١٥٠

(فصل)

فإن اشتراها المستأجر صحّ البيع أيضاً ، لأنه يصحّ بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين في يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تبطل . لأنه تملك المنفعة بمقد ، ثم ملك الرقبة السلوبة بمقد آخر ، فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بمقد ، ثم يملك الأصل بمقد آخر ، ولو أجز الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صحّت الإجارة ، فدلّ على أن ملك المنفعة لا يُنافي العقد على الرقبة ، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الأجر باقياً على المشتري ، وعليه الثمن ، ويحتمل للبائع ، كما لو كان المشتري غيره .

والثاني : تبطل الإجارة فيما بقي من المدة . لأنه عقد على منفعة العين ، فبطل ملك العاقد للعين ، كالنكاح ، فإنه لو تزوّج أمة ، ثم اشتراها بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح ، فعلى هذا يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتأفّفين ، وإن كان أوّجّر قد قهر الأجر كلّ حُسب عليه باقي الأجر من الثمن .

٤١٥١

(فصل)

وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه داراً ، ثم مات أبوه ، وخلف ابني ، أحدهما هو المستأجر ، فإن الدار تكون بينهما نصفين ، والمستأجر أحقُّ بها ، لأن النصف الذي لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذي ورثه يستحقه ، إما بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفين .

وإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ، ولا تركه أبيه ، ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين ، لأنه لو رجع بشيء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته ، وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة ، والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ، ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الإجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انتقضت الإجارة فيها ، إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره .

٤١٥٢

(فصل)

وإن اشترى المستأجر العين ، ثم وجدها معيبة ، فردّها ، فإن قلنا : لا تنفسخ الإجارة بالبيع ، فهي باقية بمردّ العين ، كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا : قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين .

وإن كان المشتري أجنبياً ، فردّ المستأجر الإجارة لعيب ، فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع ، لأنه يستحقّ عوضها على المستأجر ، فإذا سقط العوض عاد إليه المَعْوَضُ ، ولأن المشتري ملك العين مسلوقة المنفعة مدّة الإجارة فلا يرجع إليه ما لم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعيّ : يرجع إلى المشتري ، لأن المنفعة تابعة للرقبة ، وإنما استحققت بعقد الإجارة ، فإذا زالت عادت إليه ، كما لو اشترى أمةً مزوّجة ، فطلقها الزوج ، ولا يصحّ هذا القياس ، فإن منفعة البضع قد استقرّ عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ، ولا ينقسم العوض على المدّة ، ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح ، أو وقع الطلاق ، بخلاف الأجر في الإجارة ، فإن المؤجّر يستحقّ الأجر في مقابلة المنفعة مقسوماً على مدّتها ، فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلية فزال بالفسخ رجع إليه مُعْوَضُهَا ، وهو المنفعة . ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة ، أو النكاح ، فلو رجعت إلى البائع للملكت بغيرهما ، لأنها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ، ولا المعاوضة عنها ، ومنفعة البدن بخلافها .

٤١٥٣

(فصل)

وإذا وقعت الإجارة على عين ، مثل أن يستأجر عبداً للخدمة ، أو لرعاية الغنم ، أو جمللاً للعمل ، أو للركوب ، فتلفت انفسخ العقد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبيناً أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً ، فردّها انفسخ العقد ، ولم يملك إبدالها . لأن العقد على معين ، فتثبت هذه الأحكام ، كما لو اشترى عيناً . وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الأحكام ، فمضى سلم إليه عيناً ، فتلفت لم تنفسخ الإجارة ، ولزم المؤجر إبدالها ، وإن خرجت موصوفة لم يبطل العقد ، ولزمه بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردّها ، فكذلك . لأن المقود عليه غير هذه العين ، وهذه بدل عنه ، فلم يؤثر تلفها ، ولا غصبها ، ولا ردها بعيب في إبطال العقد ، كما لو اشترى بضمن في الذمة على مقرر في موضعه .

فإن قيل : فقد قلتم : من اشترى جمللاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ، ولو اشترى أرضاً لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله ، أو دونه في الضرر ، فلم قلتم : إذا اشترى جمللاً بعينه لا يجوز أن يبدله ؟ قلنا : لأن المقود عليه منفعة العين ، فلم يحسب أن يدفع إليه غير المقود عليه ، كما لو اشترى عيناً ، لا يجوز أن يأخذ غيرها ، والراكب غير مقود عليه ، إنما هو مستوفٍ للمنفعة ، وإنما يشترط معرفته لتقدير المنفعة ، لا لكونه مقوداً عليه ، وكذلك الزرع في الأرض ، فإنما يمين يعرف به قدر المنفعة المستوفاة ، فيجوز الاستيفاء بغيرها ، كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير ، أو الأرض انفسخت الإجارة ، ولو مات الراكب ، أو تلف البذر لم تنفسخ الإجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه ، فافترقا .

٤١٥٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره ، إذا كان يقوم مقامه﴾ .

وجملته : أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ، ويسكن فيه من شاء ، ممن يقوم مقامه في الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به ، من الرجال ، والطعام ، ويخزن فيها الثياب ، وغيرها ، مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها ، مثل القصارين ، والحذادين ، لأن ذلك يضر بها ، ولا يجعل فيها الدواب ، لأنها تروث فيها ، وتفسدها ، ولا يجعل فيها المترجين^(١) ، ولا راحي ، ولا شيئاً يضر بها ، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلًا فوق سقف ، لأنه يثقله ، ويكسر خشبه ، ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها ، إلا أن يشترط ذلك ، وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإنما كان

(١) المترجين : ومثله المرقين هو الزبل . وهو معرب مركب بفتح السين وسكون الراء .

كذلك ، لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ، ونائبه ، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكل وكيلًا في قبض المبيع ، أو دين له ، ولم يملك فعل ما يضر بها ، لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يسكن له فعله ، كما لو اشترى شيئًا لم يملك أخذًا أكثر منه ، فأما أن يجعل الدار مخزنًا للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ، لأنه يجوز أن يجعلها مخزنًا لغيره ، ويحتمل أن لا يجوز ، لأن ذلك يفضى إلى تحريق النار أرضها ، وحيطانها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

(فصل)

٤١٥٥

وإذا اكرت دارًا جاز إطلاق العقد ، ولم يحتج إلى ذكر السكنى ، ولا صفتها ، وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا يجوز ، حتى يقول : أبيت تحتها أنا وعيالي ، لأن السكنى تختاف ، ولو اكرتها ليسكنها ، فتزوج امرأة لم يسكن له أن يسكنها معه .

ولنا : أن الدار لا تُكرت إلا للسكنى ، فاستغنى عن ذكره ، كإطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به ، والتفاوت في السكنى يسير ، فلم يحتج إلى ضبطه ، وما ذكره لا يصح ، فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن . وقتلهم ، ولا يمكن ضبط ذلك ، فاجتزى فيه بالعرف ، كما في دخول الحمام . وشبهه . ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان . وأن لا يبيت عنده ضيف . ولا زائر ، ولا غير من ذكره . ولكن ينبغي أن يعلم صفة الساكن ، كما يعلم ذلك فيما إذا اكرت للركوب .

(فصل)

٤١٥٦

وإذا اكرت ظهرًا لركبه فله أن يركبه مثله ، ومن هو أخف منه ، ولا يركبه من هو أثقل منه ، لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب ، فله أن يستوفي ذلك بنفسه . ونائبه . وله أن يستوفي أقل منه . لأنه يستوفي بعض ما يستحقه ، وليس له استيفاء أكثر منه . لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه ، ولا يشترط التساوى في الطول ، والقصر ، ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي : يشترط أن يسكن مثله في هذه الأوصاف كلها ، لأن قلة المعرفة بالركوب تنقل على الركوب ، وتضر به . قال الشاعر :

لَمْ يَرْكَبُوا الْخَيْلَ إِلَّا بَعْدَ مَا كَبُرُوا فَهُمْ ثِقَالٌ عَلَى أَعْجَازِهَا عُنُفٌ^(١)

ولنا : أن التفاوت في هذه الأمور بعد التساوى في الثقل يسير ، فعفى عنه ، ولهذا لا يشترط ذكره في الإجارة ، ولو اعتبر ذلك لا شترط معرفته في الإجارة ، كالثقل والخفة .

(١) عنيف : يضم العين والنون جمع عنيف وهو من لارفق له بالخيل عند ركوبها .

٤١٥٧

(فصل)

فإن شرط أن لا يستوفى في المنفعة بمثله ، ولا من هو دونه ، فقياس قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط ، فإنه قال فيمن شرط أن يزرع في الأرض حنطة ولا يزرع غيرها : يبطل الشرط ، ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر ، فلا يملك ما لم يرض به ، ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا في الوجه الآخر : يبطل الشرط ، لأنه ينافي موجب العقد ، إذ موجب ملك المنفعة ، والتسائط على استيفائها بنفسه ، وبنائيه ، واستيفاء بعضها بنفسه ، وبعضها ببنائيه ، والشرط ينافي ذلك ، فكان باطلاً ، وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان :

أحدهما لا يبطله ، لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ، ولا ضرراً فالغنى ، وبقي العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله ، لأنه ينافي مقتضاه ، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفى المنافع .

٤١٥٨

(فصل)

ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ، نص عليه أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبي سليمان بن عبد الرحمن ، والنخعي ، والشعبي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي .

وذكر القاضى فيه رواية أخرى : أنه لا يجوز . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن ، والمنافع لم تدخل في ضمانه . ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه ، فلم يجز ، كبيع المكيل ، والوزون قبل قبضه ، والأول أصح ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يجوز التصرف فيها ، فجاز العقد عليها ، كبيع الثمرة على الشجرة ، ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل .

إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إيجارته إلا لمن يقوم مقامه ، أو دونه في الضرر ، لما تقدم ، فأما إيجارته قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر ، في أحد الوجهين . وهذا قول أبي حنيفة ، والمشهور من قول الشافعي . لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة ، فاعتبر في جواز العقد عليها القبض ، كالأعيان ، والآخر يجوز ، وهو قول بعض الشافعية . لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه ، فأما إيجارته قبل القبض من المؤجر : فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان :

أحدهما . لا يجوز . لأنه عقد عليها قبل قبضها .

والثاني : يجوز . لأن القبض لا يمتدّ عليه ، بخلاف الأجنبي ، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصحّ من غير بائه ، رواية واحدة ، ودلّ يصحّ من بائه ؟ على روايتين .

قأما إيجارها بعد قبضها من المؤجّر ، فجازة ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . لأن ذلك يؤدّي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحقّ على الكراء ، فإذا اكترأها صار مستحقّاً له ، فيصير مستحقّاً لما يستحقّ عليه ، وهذا ناقض .

ولنا : أن كلّ عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكره لا يصحّ . لأن التسليم قد حصل ، وهذا المستحقّ له تسليم آخر ، ثم يبطل بالبيع ، فإنه يستحقّ عليه تسليم العين ، فإذا اشتراها استحقّ تسليمها .

فإن قيل : التسليم ههنا مستحقّ في جميع المدّة ، بخلاف البيع ، قلنا : المستحقّ تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجّر ، فإذا تعذّرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه ، لأنها تعذّرت بسبب كان في ضمانه .

(فصل)

٤١٥٩

ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة ، نصّ عليه أحمد ، وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهرى ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وعن أحمد أنه إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يسكرها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدّق بالزيادة ، روى هذا الشعبي ، وبه قال الثوري ، وأبو حنيفة ، لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ، ولأنه يربح فيما لم يضمن ، فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها ، لأن الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية ثالثة . إن أذن له المالك في الزيادة جاز ، وإلا لم يجز ، وكره ابن المسيّب ، وأبو سلمة ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشعبي والنخعيّ الزيادة مطلقاً ، لدخولها في ربح مالم يضمن .

ولنا : أنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز بزيادة ، كبيع المبيع بعد قبضه ، وكما لو أحدث عمارة لا يُقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر : فإن المنافع قد دخلت في ضمانه ، من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصحّ القياس على بيع الطعام قبل قبضه ، فإن البيع ممنوع منه بالكلية ، سواء ربح ، أو لم يربح ، وهم ناجاز في الجملة ، وتعلمهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ، ونظّمها ، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

٤١٦٠

(فصل)

ونقل الأثر من أحمد أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال ، فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له الفضل ؟ قال : ما أدرى ؟ هي مسألة فيها بعض الشيء ، قلت : أليس كان الخياط أسهل عندك إذا قطع الثوب ، أو غيره ، إذا عمل في العمل شيئاً قال : إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النخعي : لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يُعَيِّنَ فيها ، أو يقطع ، أو يُعطيه سلوكاً ، أو إبراً ، أو يخطط فيها شيئاً فإن لم يُعَيِّنَ فيها بشيء ، فلا يأخذن فضلاً ، وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنياً على مذهبه ، في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك ، سواء أعان فيها بشيء ، أو لم يُعَيِّنْ ، لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه ، جاز بزيادة عليه كالبيع ، وكإجارة العَيْنِ .

٤١٦١

(فصل)

وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة ، وما دونها ، في الضرر ، وقال أحمد : إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرأ ، فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس ، إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً ، أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لأنه يستوفي أكثر من حقه ، أو غير ما يستحقه ، فإذا اختلفت دابة ليحمل عليها حديدأ ، لم يحمل عليها قطناً ، لأنه يحتاج في تهب فيه الريح ، فيتعب الظهر ، وإن اختلفت لحل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لأنه يجتمع في موضع واحد ، فيثقل عليه ، والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اختلفت لركبه لم يجز أن يحمل عليه ، لأن الراكب يعين الظهر بركبته ، وإن اختلفت ليحمل عليه لم يجز أن يركبه ، لأن الراكب يقعد في موضع واحد ، فيشتد على الظهر ، والمتاع يتفرق على جنبيه .

وإن اختلفت لركبه عربياً لم يجز أن يركبه بسرج ، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وإن اختلفت لركبه بسرج لم يجز أن يركبه عربياً ، لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حمى ظهره ، فربما عقره ، وإن اختلفت لركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه ، فلو اختلفت حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون^(١) ، إذا كان أثقل من سرجه ، وإن اختلفت دابة بسرج ، فركبها بكاف^(٢) أثقل منه ، أو أضرب لم يجز ، وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ماليس له فعله كان ضامناً ، وعليه الأجر ، وهذا كله مذهب الشافعي ، وأبي ثور .

(١) البرذون : دابة متولدة بين الحمار والحصان وهي أكبر من الحمار .

(٢) الا كاف : البرذعة .

٤١٦٢

(فصل)

وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معلومة ، أو يحمل عليها فيها ، فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضرت منها أو تخالف ضررها ، بأن تكون إحداها أحسن والأخرى أخوف ، لم يجوز ، وإن كان مثلها في السهولة ، والحزونة^(١) والأمن ، أو التي يعدل إليها أقل ضرراً ، فذكر القاضي : أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي ، لأن المسافة عيّنت ليستوفي بها المنفعة ، ويعلم قدرها بها ، فلم تتعين ، كنوع الحمول والراكب ، ويقوى عندي أنه متى كان للمكرى غرض في تلك الجهة المعينة لم يجوز العدول إلى غيرها ، مثل من يسكرى جماله إلى مكة ، فيحجّ معها ، فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرها إلى بغداد لكون أهله بها ، أو ببلد العراق لم يجوز الذهاب بها إلى مصر .

ولو أكرى جماله جملة إلى بلد لم يجوز المستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيا إلى جهة أخرى ، وذلك لأنه عيّن المسافة لغرض في فوائده ضرر ، فلم يجوز تفويقه ، كما في حق المكترى ، فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى إليه لم يجوز ، وكأ لو عيّن طريقاً سهلاً أو آمناً ، فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك .

٤١٦٣

(فصل)

ويجوز أن يكترى قيصاً ليايسه ، لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالعمار ، ولا بد من تقدير المنفعة بالدّة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل ، فعليه نزعه في ذلك ، لأن الإطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك ، وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه ، لأنه العرف ، ويلبس القميص على ما جرت العادة به ، ولا يجوز أن يتزر^(٢) به ، لأنه يعتمد عليه ، فيشقّه ، وفي اللبس لا يعتمد ، ويجوز أن يرتدى^(٣) به لأنه أخف ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه ، وقيل فيه وجه آخر : أنه لا يجوز ، لأنه استعمال لم تجر العادة به في القميص ، أشبه الاتزار به .

٤١٦٤

(فصل)

وإن استأجر أرضاً صحّ لما تقدّم ، ولا يصحّ حتى يرى الأرض ، لأن المنفعة تختلف باختلافها ، ولا تعرف إلا بالرؤية ، لأنها لا تنضبط بالصفة ، ولا يصحّ حتى يذكر له ما يكترى له من زرع أو غرس ، أو بناء ، لأن الأرض تصلح لهذا كله ، وتأثيره في الأرض يختلف ، فوجب بيانه ، فإن قال : أجزّتها لتزرعها ،

(١) الحزونة : صعوبة الأرض وشدها .

(٢) يتزر به . يجعله ازاراً ، وهو ما يغطي الجزء الأسفل من البدن ، كالسروال .

(٣) يرتدى به : يجعله رداءً ؛ وهو ما يغطي أعلى الجسم .

أو تفرسها ، لم يصحّ لأنه لم يمتّ أحدهما ، فأشبهه ماو قال : بعتك أحد هذين العبدین ، وإن قال : لتزرعها ماشئت أو تفرسها ماشئت صحّ ، وهذا منصوص الشافعيّ ، وخالفه أكثر أصحابه ، فقالو : لا يجوز ، لأنه لا يدري كم يزرع ، ويفرس ؟ وقال بعضهم : يصحّ ، ويزرع نصفها ، ويفرس نصفها .

ولنا : أن العقد اقضى بإباحة هذين الشئین ، فصحّ ، كما لو قال : لتزرعها ماشئت ، ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين ، وقوله : لتزرعها ماشئت إذن في نوعين ، وأنواع ، وقد صحّ ، فسكذلك في الجنسين ، وله أن يفرسها كلّها ، وإن أحبّ زرعها كلّها ، كما لو أذن له في أنواع الزرع كلّها كان له زرع جميعها نوعاً واحداً ، وله زرعها من نوعين ، كذلك ههنا .

وإن أكرها للزرع وحده ففيه أربع مسائل :

أحدها : أكرها للزرع مطلقاً ، أو قال : لتزرعها ماشئت ، فإنه يصحّ ، وله زرع ما شاء ، وهذا مذهب الشافعيّ ، وحكى عن ابن سريج : أنه لا يصحّ حتى يقين الزرع لأن ضرره يختلف ، فلم يصحّ بدون البيان ، كما لو لم يذكر ما يكثرى له ، من زرع أو غرس ، أو بناء .

ولنا : أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ، ويباح له جميع الأنواع ، لأنها دونه ، فإذا عمّم ، أو أطلق تناول الأكثر ، وكان له مادونه ، ويخالف الأجناس المختلفة ، فإنه لا يدخل بعضها في بعض .

فإن قيل : فلو اكرت دابة للركوب لوجب تعيين الركاب ، قلنا : لأن إجارة الركوب لأكثر الركاب ضرراً لا تجوز ، بخلاف الزرع ، ولأن للحيوان حرمة في نفسه ، فلم يجز إطلاق ذلك فيه ، بخلاف الأرض .

فإن قيل : فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجز أن يسكنها من يضرّ بها ، كالمقتار ، والحدّاد ، فلم قلتم : إنه يجوز أن يزرعها ما يضرّ بها ؟ قلنا : السكنى لا تقتضي ضرراً ، فلذلك منع من إسكان من يضرّ بها ، لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر ، فإذا أطلق كان راضياً بأكثره ، فلم هذا جاز ، وليس له أن يفرس في هذه الأرض ، ولا يبني ، لأن ضرره أكثر من العقود عليه .

المسألة الثانية : أكرها للزرع حنطة ، أو نوع بعينه ، فإنّ له زرع ما يعينه ، وما ضرره كضرره ، أو دونه ، ولا يمتّ ما عيّنه في قول عامة أهل العلم ، إلا داود ، وأهل الظاهر ، فإنهم قالوا : لا يجوز له زرع غير ما عيّنه ، حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء ، لم يجز له أن يزرع بيضاء ، لأنه عيّنه بالعقد ، فلم يجز العدول عنه ، كما لو عيّن للركوب ، أو عيّن الدرهم في الثمن .

ولنا : أن العقود عليه منفعة الأرض دون القمح ، ولهذا يستقرّ عليه العوض بمضى المدة ،

إذا تسلم ، الأرض ، وإن لم يزرعها ، وإنما ذكر القمح لتقدر به المنفعة ، فلم يتعين ، كما لو استأجر داراً ليسكنها ، كان له أن يسكنها غيره ، وفارق الركوب ، والدراهم ، في الثمن ، فإنهما معقود عليهما ، فمعتنا ، والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة ، وقد تعينت أيضاً ، ولم يتعين ما قدرت به ، كما لا يتعين المكيال ، والميزان ، في المكيل والموزون .

المسألة الثالثة : قال ليزرعها حنطة ، وما ضرره كضررها ، أو دونه ، فهذه كالتى قبلها ، إلا أنه لا يخالف فيها ، لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الإشكال .

المسألة الرابعة : قال : ليزرعها حنطة ، ولا يزرع غيرها ، فذكر القاضى : أن الشرط باطل ، لأنه يناقى مقتضى العقد ، لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصح الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه ، والعقد صحيح ، لأنه لا ضرر فيه ، ولا غرض لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر ، فلم يؤثر في العقد ، فأشبه شرط استيفاء المبيع ، أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكترى الدار أنه لا يسكنها غيره وجهاً في صحة الشرط ووجهاً آخر في فساد العقد ، فيخرج ههنا مثله .

(فصل)

٤١٦٥

وإن أكرها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها ، لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس ، وهو من جنسه ، لأن كل واحد منهما يضر بباطن الأرض ، وليس له البناء ، لأن ضرره مخالف لضرره ، فإنه يضر بظاهر الأرض ، وإن أكرها للزرع لم يكن له الغرس ، ولا البناء ، لأن ضرر الغرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكرها للبناء لم يكن له الغرس ، ولا الزرع ، لأن ضررها يخالف ضرره .

(فصل)

٤١٦٦

ولا تخلو الأرض من قسمين :

أحدهما : أن يكون له ماء دائم ، إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه ، أو لا ينقطع إلا مسدة لا يؤثر في الزرع ، أو من عين نابعة ، أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ، ثم يسقى به ، أو من بئر يقوم بكفايتها ، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض ، وقرب الماء الذى تحت الأرض ، فهذا كله دائم . ويصح استئجارها للغرس ، والزرع ، بنير خلاف علمناه ، وكذلك الأرض التى تشرب من مياه الأمطار ، وتكتفى بالمعتاد منه ، لأن ذلك بحكم العادة ، ولا ينقطع إلا نادراً ، فهو كسائر الصور المذكورة .

والثانى : أن لا يكون لها ماء دائم ، وهى نوعان .

أحدهما : ما يشرب من زيادة معتادة تأتى في وقت الحاجة ، كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل ،

وما يشرب من زيادة الفُرات، وأشباهه، وأرض البصرة الشاربة من المد، والجزر، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بركدى، أو ما يشرب من الأدبية الجارية من ماء المطر، فهذه تصح إجارته قبل وجود الماء الذى تُسقى به، وبمده، وحكى ابن الصبّاغ ذلك مذهباً للشافعى، وقال أصحابه: إن أكرها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها، لأنها معدومة، لا نعلم هل يقدر عليها. أو لا؟

ولنا: أن هذا معتاد الظاهر وجوده، فجازت إجارة الأرض الشاربة به، كالشاربة من مياه الأمطار ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد. كالسلم في الفاكهة إلى أوانها.

النوع الثانى: أن يكون محيى الماء نادراً، أو غير ظاهر، كالأرض التى لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير، الذى يندرو وجوده، أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادراً، أو من زيادة نادرة في نهر، أو عين غالبية، فهذه إن أجزها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضاً، لأنه أمكن الانتفاع بها، وزرعها، فجازت إجارته، كذات الماء الدائم، وإن أجزها قبله للفرس، أو الزرع، لم يصح، لأنه يتمذر الزرع غالباً، ويتمذر المعقود عليه في الظاهر، فلم تصح إجارته. كالأبق. والمغصوب.

وإن اكرهاها على أنها لا ماء لها جاز، لأنه تمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها. ووضع رخله وجمع الحطب فيها، وله أن يزرعها رجاء الماء، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها، لأن ذلك من منافعتها الممكن استيفاؤها، وليس له أن يبنى، ولا يفرس، لأن ذلك يُراد للتأييد، وتقدير الإجارة بمدة تقتضى تفرينها عند انقضائها.

فإن قيل: فلو استأجرها للفراس والبناء صح مع تقدير المدة؟ قلنا: التصريح بالبناء والفراس صرف التقدير عن مقتضاء بظاهره في التفرغ عند انقضاء المدة، إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة، فيصرف الفرّاس، والبناء عما يراد له بظاهره، بخلاف مسألتنا، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها، وعدم مائها صح، لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها، فأشبهه مالو شرطاه، وإن لم يعلم عدم نمائها، أو ظن المكترى أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد، ولأنه ربما دخل في العقد بناءً على أن المالك لها يحصل لها ماء، وأنه يكثرها للزراعة مع تمذرها.

وقيل: لا يصح العقد مع الإطلاق، وإن علم بحالها، لأن إطلاق كراء الأرض يقتضى الزراعة، والأولى صحته، لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير دائم، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع، أو لا يكفي الزرع فهي كالتى لا ماء لها، ومذهب الشافعى في هذا كله كما ذكرناه.

(فصل)

٤١٦٧

وإن اكترى أرضاً غارقة بالماء، لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها، وقد ينحسر، ولا ينحسر،

فالعقد باطلٌ . لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ، ولا يزول المانع غالباً ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مدة النيل صبح العقد ، لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة ، وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ، ويخاف غرقها ، والعادة غرقها لم يحز لإجارتها ، لأنها في حكم الغارقة ، بحكم العادة المستمرة .

(فصل)

٤١٦٨

ومتى غرق الزرع ، أو هلك بحريق ، أو جَرَادٍ أو بَرَدٍ أو غيره ، فلا ضمان على المؤجر ، ولا خيار للمكترى ، نص عليه أحد ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وهو مذهب الشافعي : لأن التالف غير المعقود عليه ، وإنما تلف مال المكترى فيه ، فأشبهه من اشترى دكاناً ، فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغير الزرع ، أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فالأجر لازم له ، لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر ، لا لمعنى في العين ، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض ، أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار . لأنه لمعنى في العين .

وإن تلف الزرع بذلك ، فليس على المؤجر ضمانه ، لأنه لم يتلفه بمباشرة ، ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ ، لأنه عيب ، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد ، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ ، وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء ، وكذلك إن انقطع الماء بالكسبية ، أو حدث بها عيب ، من غرق يهلك بعض الزرع ، أو يسوء حاله به .

(فصل)

٤١٦٩

وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدة : فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين : أحدهما : أن يكون لتفريط من المستأجر ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكاله قبل انقضاء المدة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ، يختار المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجر لما زاد على المدة ، لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بمُدوانه .

وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال ، وتفريغ الأرض فله ذلك ، لأنه يُزيل الضرر ، ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي : أن على المستأجر نقل الزرع ، وتفريغ الأرض ، وإن اتفقا على تركه بموض ، أو غيره جاز ، وهذا مذهب الشافعي ، بقاءً على قوله في الغاصب ، وقياس مذهبه ما ذكرناه .

الحال الثاني : أن يكون بقاؤه بغير تفريط ، مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة ، فأبطأ لبرد ،

أو غيره ، فإنه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهى ، وله المسمى ، وأجر المثل لما زاد ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والوجه الثانى : قالوا : يلزمه نقله ، لأن المدة ضربت لنقل الزرع ، فيلزم العمل بموجبه ، وقد وجد منه تفريط ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر فى المدة فلم يفعل .

ولنا : أنه حصل الزرع فى أرض غيره بإذنه من غير تفريط ، فلزم تركه ، كالأعارة أرضاً ، فزرعها ، ثم رجع المالك قبل كمال الزرع ، وقولهم : إنه مفترط غير صحيح لأن هذه المدة التى حوت العادة بكمال الزرع فيها ، وفى زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة ، وتضييع زيادة متيقنة ، لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط ، فلم يكن تركه تفريطاً ، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله فى الإجارة ، فللمالك منعه ، لأنه سبب لوجود زرعه فى أرضه بغير حق ، فملك منعه منه ، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلمه قبل المدة ، لأنه فى أرض يملك نفعها ، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة ، فقبالها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال : إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليسكن عند المدة التى يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة .

(فصل)

٤١٧٠

وإذا اكرت الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها ، مثل أن يكرت خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا فى سنة نظرنا : فإن شرط تفريطها عند انقضاء المدة ، ونقله عنها صح ، لأنه لا يفيض إلى الزيادة على مدته ، وقد يكون له غرض فى ذلك ، لأخذه إياه قصيلاً ، أو غيره ، ويلزمه ما التزم .

وإن أطلق العقد ، ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصح ، لأن الانتفاع بالزرع فى هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض فى زرع ضرره كضرر الزرع المشروط ، أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً بأخذه قصيلاً صح العقد . لأن الانتفاع بها فى بعض ما اقتضاء العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه اكرت للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيه ، أشبه إجارة السبخة^(١) له ، فإن قلنا : يصح ، فإن انقضت المدة ففيه وجهان :

أحدهما : حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل فى مدته ، لأنه ههنا مفترط ، واحتمل أن يلزم المكسرى تركه بالأجر ، لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فالعقد فاسد ، لأنه جمع بين متضادين ، فإن تقدير المدة يقتضى النقل فيها ، وشرط التبقية يخالفه ، ولأن مدة التبقية مجهولة ، فإن زرع لم يطالب بنقله ، كالتى تقدمت .

(١) السبخة : بفتح السين مع فتح الباء وسكونها أرض ذات لزوم ملح .

٤١٧١

(فصل)

إذا أجره للفراس سنة صحّ ، لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة ، فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلع الفراس عند انقضاء المدّة ، أو أطلق ، وله أن يفرس قبل انقضاء المدّة ، فإذا انقضت لم يكن له أن يفرس ، لزوال عقده ، فإذا انقضت السنة ، وكان قد شرط القلع عند انقضائها ازمه ذلك ، وفاءً بموجب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ، ولا على المكترى تسوية الحفر ، وإصلاح الأرض ، لأنهما دخلا على هذا ، لرضاها بالقلع ، واشتراطهما عليه .

وإن اتفقا على إبقائه بأجر ، أو غيره جاز ، إذا شرطاً مدّة معلومة ، وكذلك لو اكترى الأرض سنةً بعد سنة ، كلّما انقضى عقد جدد آخر جاز ، وإن أطلق العقد ، فللمكترى القلع ، لأن الفرس ملكه ، فله أخذه ، كطعامه من الدار التي باعها ، وإذا قلع فمليه تسوية الحفر ، لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه .

وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدّة ههنا وفي التي قبلها ، لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولأنه تعرّف في الأرض تصرفاً نقصاً لم يقتضه عقد الإجارة ، وإن أبى القلع لم يجبر عليه ، إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه ، فيجبر حينئذ ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : عليه القلع من غير ضمان النقص له ، لأن تقدير المدّة في الإجارة يقتضي التفريط عند انقضائها ، كما لو استأجرها للزراعة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » مفهومه أن ما ليس بظالم له حق ، وهذا ليس بظالم ، ولأنه غرس بإذن المالك ، ولم بشرط قلعه ، فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعمار منه أرضاً للفراس مدّة ، فرجع قبل انقضائها ، ويخالف الزرع ، فإنه لا يقتضي التأييد .

فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد في الفراس يقتضي التأييد ، فشرط القلع ينافي مقتضى العقد ، فينبغي أن يفسده ، قلنا : إنما اقتضى التأييد من حيث إنّ العادة في الفراس التبقية ، فإذا أطلقه محل على العادة ، وإذا شرط خلافه جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط في الإجارة شرطاً يخالف العادة .

إذا ثبت هذا : فإن ربّ الأرض يختار بين ثلاثة أشياء :

أحدها : أن يدفع قيمة الفراس ، والبناء ، فيملكه مع أرضه .

والثاني : أن يقلع الفراس ، والبناء ، ويضمن أرض نقصه .

والثالث : أن يقرّ الفراس ، والبناء ، ويأخذ منه أجر المثل . وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك :

يختار بين دفع قيمته ، فيملكه ، وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان ، وبين تركه ، فيكونان شريكين ، وليس بصحيح ، لأن الفراس ملك لفارسه : لم يدفع إليه عنه عوض ، ولا رضى بزوال ملكه عنه ، فلا

يزول عنه ، كسائر الفرس ، وإن اتفقا على بيع الفراس ، والبناء للمالك جاز ، وإن باعهما صاحبهما لغير مالك الأرض جاز ، ومشتريهما يقوم فيهما مقام البائع ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : ليس له بيعهما لغير مالك الأرض ، لأن ملكه ضعيف ، بدليل أن لصاحب الأرض تملكه عليه بالقيمة من غير إذنه .

ولنا : أنه مملوك له يجوز بيعه للمالك الأرض ، فجاز لغيره ، كشيء مشفوع ، وبهذا يبطل ما ذكره ، فإن للشافعي تملك الشقص ، وشراؤه ، ويجوز بيعه لغيره ، فأما إن شرط في العقد تبقية الفراس : فذكر القاضي أنه صحيح ، وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء ، وهو قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن يبطل العقد ، لأنه شرط ما يتنافى مقتضى العقد ؛ فلم يصح ، كما لو شرط ذلك في الزرع لا بكل قبل انقضاء المدة . ولأن الشرط باطل . بدليل أنه لا يجب الوفاء به . وهو مؤثر . فأبطله . كشرط تبقية الزرع بعد مدة الإجارة .

﴿ مسألة ﴾

٤١٧٢

قال ﴿ ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه ، وكسوته ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه . وكسوته ، أو جعل له أجراً . وشرط طعامه ، وكسوته ، فروى عنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك . وإسحاق ، وروى عن أبي بكر ، وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم . وكسوتهم . وروى عنه أن ذلك جائز في الظئر^(١) دون غيرها . اختارها القاضي ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، لأن ذلك مجهول ، وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى : (وَكَلَى الْمُؤَلَّدَ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَرْؤَفِ^(٢)) فأوجب لمن النفقة ، والكسوة ، على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة ، وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها ، لأن الزوجة تجب نفقتها ، وكسوتها بالزوجية ، وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال : (وَكَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ^(٣)) والوارث ليس بزواج ، ولأن النفقة في الحضنة ، والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظئر ولا في غيرها ، وبه قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ،

(١) الظئر : هي الحانية على ولد غيرها المرصعة له من الناس وغيرهم ، يعني يطلق على أئى الحيوان التى ترضع ولد غيرها كالبقرة والشاة والناقة وغيرها . ظئر ، وسواء كان الولد ذكراً أو أئى .

(٢) بعض الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٣) هذا جزء من نفس الآية ٢٣٣ .

وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً ، فيكون مجهولاً ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً .

ولنا : ما روى ابن ماجه عن عُتْبَةَ بْنِ الْمُنْذِر ، قال : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَرَأَ (طس) ^(١) حَتَّى بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى قَالَ « إِنَّ مُوسَى آجَرَ نَفْسَهُ تَعَانِي حِجْبِ أَوْ عَشْرَ أَعْلَى عِقَّةٍ قَرَجِهِ وَطَعَامِ بَطْنِهِ » وَشَرَعُ مِنْ قَبْلُنَا شَرَعٌ لَنَا ، مَا لَمْ يَثْبُتَ نَسْخُهُ .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : كُنْتُ أَجِيرًا لَابْنَةِ غَزْوَانَ بِطَعَامِ بَطْنِي ، وَعُقْبَةِ ^(٢) رَجُلِي ، أَحْطَبُ لَهُمْ إِذَا نَزَلُوا ، وَأَخْذُو يَوْمَ إِذَا رَكِبُوا . ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه ، فلم يظهر له تكبير ، فكان إجماعاً ، ولأنه قد ثبت في الظاهر بالآية ، فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولأنه عوض منفعة ، فقام العرف فيه مقام التسمية ، كنفقة الزوجة ، ولأن الكسوة عرفاً ، وهي كسوة الزوجات ، والإطعام عرفٌ وهو الإطعام في الكفارات ، فجاز إطلاقه ، كنفقة البلد ، ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عَوْضاً فِي الرِّضَاعِ جَازٌ فِي الْخِدْمَةِ . كَالْأَمَانِ .

إذا ثبت هذا : فإنهما إن تشاحا في مقدار الطعام ، والسكوة رُجِعَ فِي الْقَوْتِ إِلَى الْإِطْعَامِ فِي الْكَفَّارَةِ وَفِي الْكَسْوَةِ إِلَى أَقَلِّ مَلْبُوسٍ مِثْلِهِ ، قَالَ أَحَدُ : إِذَا تَشَاحَا فِي الطَّعَامِ يُحْكَمُ لَهُ بِمَدِّ كُلِّ يَوْمٍ ، ذَهَبَ بِهِ إِلَى ظَاهِرِ مَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ إِطْعَامِ الْمَسَاكِينِ ، فَفَسَّرَتْ ذَلِكَ السَّنَةُ بِأَنَّهُ مَدٌّ ، لِكُلِّ مَسْكِينٍ ، وَلِأَنَّ الْإِطْعَامَ مُطَاقٍ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، فَمَا فُسِّرَ بِهِ أَحَدُهُمَا يَفْسَّرُ بِهِ الْآخَرُ وَلَيْسَ لَهُ إِطْعَامُ الْأَجِيرِ إِلَّا مَا يُوَافِقُهُ مِنَ الْأَغْذِيَةِ ، لِأَنَّهُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْوَاجِبِ لَهُ مِنْهُ .

(فصل)

٤١٧٣

وإن شرط الأجير كسوة ، ونفقة معلومة ، موصوفة ، كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع ، وإن لم يشترط طعاماً ، ولا كسوة ، فنفقته ، وكسوته ، على نفسه ، وكذلك الظَّئِرُ ، قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرت ، وإن شرط للأجير طعام غيره ، وكسوته موصوفاً جاز ، لأنه معلوم ، أشبه ما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفاً لم يَجُزْ ، لأن ذلك مجهول ، احتمل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها

(١) يعني سورة القصص وهي « طسم تلك آيات الكتاب المبين ، تلاو عليك من نبأ موسى وفرعون بالحق لقوم يؤمنون » .

(٢) عقبة بضم العين وسكون القاف هي النوبة أي أركب مرة وأمشى مرة .

مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابة بعلفها ، أو بأجر مُسمى ، وعلفها ، لم يجز ، لأنه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه ، ولا نعلم أحداً قال بجوازه ، إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز .

٤١٧٤ (فصل)

وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض ، أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ، لأنها عوضٌ ، فلا تسقط بالفيء عنه ، كالدراهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك ، لأنه لم يشترط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح ، يشتري له الأجير ما يصلح ، لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه ، فلا يلزم به ، كالزائد في القدر .

٤١٧٥ (فصل)

إذا دفع إليه طعامه ، فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه ، نظرت : فإن كان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب لياً كل قدر حاجته . ويُفضل الباقي ، أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر ، بأن يضعف عن العمل ، أو يقلّ لبنُ الظئر منع منه ، لأنه في الصورة الأولى لم يملكه إياه ، وإنما أباحه أكل قدر حاجته ، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعة ، فنع منه ، كالجمال إذا امتنع من علف الجال ، وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة ، أو دفع إليه أكثر ومالّكه إياه . ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز . لأنه حق لا ضرر على المؤجر فيه ، فأشبهه الدراهم .

٤١٧٦ (فصل)

وإن قدّم إليه طعاماً قهراً . أو تلف قبل أكله نظرت . فإن كان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه ، فهو من ضمان المستأجر ، لأنه لم يسلمه إليه . فمكّن تفرغ من ماله . وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من ضمان الأجير ، لأنه تسليم عوض على وجه التملك . أشبه البيع .

٤١٧٧ (فصل)

إذا دفع إلى رجل ثوباً ، وقال : بهم بسكذا ، فما ازددت فهو لك صحح ، نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال ابن سيرين ، وإسحاق ، وكرهه الفخري ، وحماد ، وأبو حنيفة ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم . ولنا : ما روى عطاء ، عن ابن عباس : أنه كان لا يرى بأساً أن يعطى الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول : بهم بسكذا ، وكذا ، فما ازددت فهو لك ، ولا يُعرف له في عصره . يخاف ، ولأنها عين تنمى بالعمل فيها ، أشبه دفع مال المضاربة .

إذا ثبت هذا : فإن باعه بزيادة فهي له ، لأنه جعلها أجرةً ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له ، لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا ، فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع ، لأنه وكيلٌ مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص .

وقد قال أحمد : يضمن النقصان مطلقاً ، وهذا قد مضى مثله في الوكالة ، وإن باعه نسيئةً لم يصح البيع ، لأن إطلاق البيع يقتضي النقد ، لما في النسيئة من ضرر التأخير ، والخطر بالمال ، ليحصل له نفع الربح ، ويقارن المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نسيئةً ، لأنه يحصل الربح للمال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو في النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المال الربح ، ولا حظ له فيه ، فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد في رواية الأثرم : ليس له شيء ، يعني إذا زاد على العشرة ، لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً ، فإذا باعها نسيئةً ، فلم يمثل الأمر ، فلم يستحق شيئاً .

(فصل)

٤١٧٨

قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصير^(١) النخل بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلى من المقاطعة ، إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهي أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع ، فيكون أجراً معلوماً ، واختاره أحمد على المقاطعة ، مع أنها جائزة ، لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعة عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة .

﴿مسألة﴾

٤١٧٩

قال ﴿وكذلك الظئر﴾

يعني أنه يجوز استئجارها بطعامها ، وكسوتها ، وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه . وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر ، وهي المرضعة . وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)^(٢) واسترضع النبي صلى الله عليه وسلم لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعاها إلى غيره ، فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع ، وقد يتمدّد رضاعه من أمه ، فجاز ذلك ، كالإجارة في سائر المنافع ، ثم ننظر : فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة ، أو للحضانة^(٣) دون الرضاع ، أو لها جاز . وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة ؟ فيه وجهان :

(١) يصرم النخل يحزه ، ويقطع سباطاته

(٢) الحضانة بكسر الحاء : تربية الطفل ، أو جملة في الحضن ؛ والراد هنا الأول .

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق

أحدها : لا تدخل . وهو قول أبي ثور ، وابن المنذر ، لأن العقد ما تناولها .
والثاني : تدخل ، وهو قول أصحاب الرأي . لأن العرف جارٍ بأن المُرْضعة تحضن الصبي ، لحمل
الإطلاق على ما جرى به العرف ، والعادة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .
والحضانة : تربية الصبي ، وحفظه وجعله في سريره ، وربطه ، ودَهْنُه ، وكَحْلُه ، وتنظيفه ، وغسل
خِرْقَه ، وأشبه ذلك ، واشتقاقه من الحِضْن ، وهو ما تحت الإبط ، وما يليه ، وسُمِّيَت التربية حِضَانَةً
تجوزاً ، من حِضَانَةِ الطير لبيضه ، وفراخه . لأنه يجعلها تحت جناحيه ، فسُمِّيَت تربية الصبي بذلك ،
أخذاً من فعل الطائر .

(فصل — ل)

٤١٨٠

ويشترط لهذا العقد أربعة شروط :
أحدها : أن تكون مدة الرضاع معلومة . لأنه لا يمكن تقديره إلا بها . فإن السقي والعمل
فيها يختلف .
الثاني : معرفة الصبي بالمشاهدة . لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره ، وصغره ، ونهشته ،
وقناعاته . وقال القاضي : يُعرف بالصفة كالراكب .
الثالث : موضع الرضاع . لأنه يختلف ، فيشق عليها في بيته ، ويسهل عليها في بيتها .
الرابع : معرفة العوض ، وكونه معلوماً كما سبق .

(فصل — ل)

٤١٨١

واختلف في المعقود عليه في الرضاع ، فقيل : هو خدمة الصبي ، وحمله ، ووضع الثدي في فمه تبع ،
كالصبيغ في إجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار . لأن اللبن عين من الأعيان ، فلا يعقد عليه في الإجارة ،
كلبن غير آدمي ، وقيل : هو اللبن . قال القاضي : هو أشبه . لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته
دون أن تخدمه استحققت الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئاً . ولأن الله تعالى قال (فَإِنْ
أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَسَوَّيْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ)^(١) فجعل الأجر مرتباً على الإرضاع ، فبدل على أنه المعقود عليه .
ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها .

وأما كونه عيناً ، فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة . لأن غيره لا يقوم مقامه ، والضرورة
تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان ، للضرورة إلى حفظ الآدمي ، والحاجة
إلى إبقائه .

(١) الآية ٦ من سورة الطلاق .

٤١٨٢

(فصل)

وعلى المرضعة أن تأكل ، وتشرب ما يكره به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطالبتها بذلك . لأنه من تمام التمكن من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي ، ومتى لم ترضعه ، وإنما أسقته لبن الغنم ، أو أطعمته فلا أجر لها . لأنها لم توف المعقود عليه ، فأشبه ما لو اكترها خياطة ثوب ، فلم تحطه . وإن دفعته إلى خادمتها ، فأرضعته ، فكذلك . وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : لها أجرها . لأن رضاعه حصل بفعلها . ولنا : أنها لم ترضعه . فأشبه ما لو سقته لبن الغنم . وإن اختلفا ، فقالت : أرضعته ، فأنكر المسترضع ، فاقول قولها ، لأنها مؤتمنة .

٤١٨٣

(فصل)

ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ، ومدبرته ، وأمّ ولده ، ومن عاق عتقها بصفة ، والمأذون لها في التجارة للارضاع . لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إيجارها للخدمة . وليس لواحدة منهن إجارة نفسها . لأن نعمها لسيدها .

وإن كان لها ولد لم تجز إيجارها للارضاع ، إلا أن يكون فيها فضل عن ربه . لأن الحق لولدها ، وليس لسيدها إلا ما فضل عنه .

وإن كانت مزوجة لم تجز إيجارها لذلك إلا بإذنه . لأنه يفوت حق الزوج ، لاشتغالها عنه بإرضاع الصبي ، وحضانته . فإن أجرها للارضاع ، ثم زوجها صحّ النكاح ، ولا يفسخ عقد الإجارة ، ويكون للزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع ، والحضانة . وقال مالك : ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر . لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه .

ولنا : أن وطء الزوج مستحق ، فلا يسقط لأمر مشكوك فيه . وليس للسيد إجارة مكاتبته . لأن منافعها إليها ، ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ، ولا وطأها ، ولا إيجارها في غير الرضاع ، ولها أن تؤجر نفسها ، لأنه من جهات الاكتساب .

٤١٨٤

(فصل)

ويجوز للرجل استئجار أمته ، وأخته ، وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف ، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز ، هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وذكره الخريّ فقال : وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلها . فهي أحق به ، من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مُطلقة .

وقال القاضي : ليس لها ذلك ، وتأول كلام الخريّ على أنها في حبال زوج آخر . وهذا قول أصحاب الرأي : وحكي عن الشافعي ، لأنه قد استحق حبسها ، والاستمتاع بها بعوض . فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك .

ولنا : أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج ، يصح أن تعقده معه ، كإبيع . ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج . بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ، ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره ، فجاز لها أخذه منه ، كمن مالها . وقولهم إنها استحققت عوض الحبس ، والاستمتاع . قلنا : هذا غير الحضانة ، واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر ، كالأجر أو الأثم تزوجها ، وتأويل القاضي كلام الخرقى يخالف الظاهر من وجهين :

أحدهما : أن الألف واللام في الزوج للعهد ، وهو زوجها أبو الطفل .
والثاني . أنها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به ، بل يسقط حقها من الحضانة ، ثم ليس لها أن ترضع إلا بإذن زوجها ، ففسد التأويل .

(فصل)

٤١٨٥

وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة ، لقوات المنفعة بهلاك محبتها وحسبى عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ، ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت ، لأنه كالدين .

ولنا : أنه هلك المعقود عليه ، أشبه ماله هلكت البهيمة المستأجرة . وإن مات الطفل انفسخ العقد لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه . لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه ، لاختلاف الصبيان في الرضاع ، واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا منصوص الشافعى . وإذا انفسخ العقد عقبيه بطلت الإجارة من أصلها ، ورجع المستأجر بالأجر كله ، وإن كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقى .

﴿مسألة﴾

٤١٨٦

قال ﴿ويستحب أن تعطى عند النظام عبداً ، أو أمةً كما جاء في الخبر إذا كان المسترضع موسراً﴾
يعنى بالخبر ما روى أبو داود بإسناده ، عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن حجاج ابن حجاج الأسلمى ، عن أبيه ، قلت يارسول الله : ما يذهب عني مذمة الرضاع ؟ قال «الفرء العبد أو الأمة»
قال الترمذى : هذا حديث حسن ، صحيح ، قال ابن الجوزى : المذمة بكسر الدال ، من الذم ، وبفتحها من الذم ، قال ابن عقيل : إنما خص الرقبة بالحجزة بها دون غيرها . لأن فعلها في إرضاعه ، وحضانته سبب حياته ، وبقائه ، وحفظ رقبته ، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبته ، ليناسب بين النعمة ، والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمًا فقال تعالى (وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ^(١)) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لَا يَحْزِي وَلَدَ وَالِدَةٍ إِلَّا أَنْ يَحْدَهُ تَمْلُوكًا فَيُعْتِقَهُ» وإن كانت المرضعة مملوكة استحب إعاقها . لأنه

(١) بعض الآية ٢٣ . من سورة النساء .

يحصل أخصُّ الرقاب بها : لها ، وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي صلى الله عليه وسلم إجازة للوالد من النسب .

٤١٨٧

﴿مسألة﴾

قال : (ومن اكترى دابة إلى موضع، فجاوزه، فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما جاوز ، وإن تلقت فماليه أيضاً قيمتها) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٤١٨٨

(أحدهما)

في الأجر الواجب وهو المسمى ، وأجر المثل للزائد . نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضي ذلك . وروى الأثرم بإسناده ، عن أبي الزناد : أنه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة ، وقال : ربما اختلفوا في الشيء ، فأخذنا بقول أكثرهم ، وأفضلهم رأياً ، فكان الذي وعيتُ عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ، ثم جاوز ذلك إلى بلدٍ سواه . فإن الدابة إن سلمت في ذلك كله أدت كراءها ، وكراءها ما بمدها ، وإن تلقت في تعدّيها ضمنها ، وأدت كراءها الذي تكارها به ، وهذا قول الحكم ، وأن شبرمة ، والشافعي .

وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا أجر عليه لما زاد ، لأن المنافع عندهما لا تُضمن في الفصب ، وحكي عن مالك : أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة يُخَيَّرُ صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدّي ، لأنه متعدّد بإمسائها ، حابسٌ لها عن أسواقها ، فكان لصاحبها تضمينها إياه . ولنا أن العين باقية بحالها ، يمكن أخذها ، فلم تجب قيمتها ، كما لو كانت المسافة قريبة ، وما ذكره تحكم لادليل عليه ، ولا نظير له ، فلا يجوز المصير إليه ، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الفصب .

٤١٨٩

الفصل الثاني في الضمان

ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلقت به ، سواء تلقت في الزيادة ، أو بعد ردّها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى ، أو لم يكن ، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة ، إذا تلقت حال التعدّي لما حكينا عنهم ، وقال القاضي : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلمها إلى صاحبها ليمسكها ، أو يسقيها ، فتلفت ، فلا ضمان على المكترى ، وإن هلك والمكترى راكب عليها ، أو حمل عليها ، فعليه ضمانها .

وقال أبو الخطاب : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها . وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلها ، وإن كان

معيها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكترى ، لأنها تلفت في يد صاحبها ، أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعمدى .
وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان :

أحدهما : يلزمه نصف قيمتها ، لأنها تلفت بفعل مضمون ، وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحته ،
وجراحة مالسكها .

والثاني : تُقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة سقط ، ووجب الباقي ، ونحو هذا قول
بي حنيفة ، فإنه قال : من اكترى جملاً للجل تسعة ، فحمل عشرة ، فتلف . فعلى المكترى عُشر قيمته ،
وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة ، إذا كان صاحبها مع راكمها أو تلفت في يد صاحبها .

فأما إذا تلفت حال التعمدى ، ولم يكن صاحبها مع راكمها ، فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها ، لأنها
تلفت في يد عادية ، فوجب ضمانها ، كالمقصوبة ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب ، أو تحت حماله ،
وصاحبها معها . لأن اليد للراكب ، وصاحب الجل ، بدليل أنها لو تفاعزا دابةً أحدهما راكمها ، أوله عليها
حمل ، والآخر أخذ بزمامها ، لكانت للراكب ، ولصاحب الجل . ولأن الراكب متعمدٌ بالزيادة ، وسكوت
صاحبها لا يسقط الضمان ، كمن جلس إلى إنسان ، فخرق ثيابه ، وهو ساكت ، ولأنها إن تلفت بسبب تعبها
فالضمان على المتعمدى ، كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة ^(١) ففترقها .

فأما إذا تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها ، فينظر : فإن كان تلفها بسبب تعبها بالجل ،
والير ، فهو كما لو تلفت تحت الجل ، والراكب ، وإن تلفت بسبب آخر ، من افتراس سُبُع ، أو سقوط
في هوة ^(٢) ونحو ذلك فلا ضمان فيها ، لأنها لم تلتف في يد عادية ، ولا بسبب عدوان ، وقولهم تلفت بفعل
مضمون ، وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحتين ، يبطل بما إذا قُطِع السارق ، ثم قُطِع آخر يده عدواناً ،
فكأن منهما ، وفارق ما إذا جرح نفسه ، وجرحه غيره ، لأن الفعلين عدوان ، فقسَّم الضمان عليهما .

(فصل)

٤١٩٠

ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال محمد :
يسقط ، كما لو تعمدى في الوديعة ، ثم ردها .

ولنا : أنها يد ضامنة ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد ، وما ذكره في الوديعة
لا نسلمه إلا أن بردها إلى مالسكها ، أو يجدد له إذاً .

(١) موقرة : محملة ثقيلة بحملها .

(٢) الهوة : الحفرة أو ما انخفض من الأرض

٤١٩١

﴿مسألة﴾

قال ﴿وكذلك إن اكرتري لمجولة شيء فزاد عليه﴾

وجملة ذلك : أن من اكرتري لمحل شيء ، فزاد عليه ، مثل أن يكثرها لمحل قفيز بن ، فعمل ثلاثة ، فحكمه حكم من اكرتري إلى موضع ، فجاوزه إلى سواء في وجوب الأجر المسمى ، وأجر المثل لما زاد ، ولزوم الضمان إن تلفت ، هذا قول الشافعي ، وحكى القاضي : أن قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع ، وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً ، فزرعها حنطة ، قال : عليه أجر المثل للجميع ، لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فأشبهه ما لو استأجر أرضاً ، فزرع أخرى ، فجمع القاضي رحمه الله بين مسألة الخرق ، ومسألة أبي بكر ، وقال : يُنقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى ، لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز ، فيكون في المسألتين وجهان ، وليس الأمر كذلك ، فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً ، فإن الذي حصل التعمد في فيه في الحل متميز عن المعقود عليه ، وهو القفيز الزائد ، بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحل استوفى المنفعة المعقود عليها ، وزاد ، وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ، ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ، ولا يصح هذا القول في مسألة الحل . فإنه قد حمل المعقود عليه ، وزاد عليه ، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكرتري مسافة ، وزاد عليها أشد ، وشبهها بها أشد ، ولأنه في مسألة الحل متميز بالزيادة وحدها ، وفي مسألة الزرع متميز بالزرع كله ، فأشبهه القاضي .

فأما مسألة الزرع فيما إذا اكرتري أرضاً لزرع الشعير ، فزرع حنطة ، فقد نص أحمد في رواية عبد الله ، فقال : يُنظر ما يدخل على الأرض من نقصان ، ما بين الحنطة ، والشعير ، فيعطى رب الأرض ، فعمل هذه المسألة كمسألتى الخرق في إيجاب المسمى ، وأجر المثل للزائد ، ووجه أنه لما عيّن الشعير لم يتمين ، ولم يتعلق العقد بعينه ، كما سبق ذكره .

ولهذا قلنا : له زرع مثله ، وما هو دونه في الضرر ، فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه ، وزيادة ، أشبهه ما لو اكرتراها إلى موضع ، فجاوزه ، وقال أبو بكر : له أجر المثل ، وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه ، فإن الحنطة ليست شعيراً ، وزيادة ، وإن قلنا : إنه قد استوفى المعقود عليه ، وزيادة ، غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه ، بخلاف مسألتى الخرق ، وقال الشافعي : المكترى يختار بين أخذ الكراء ، وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير ، وبين أخذ كراء مثلاً للجميع ، لأن هذه المسألة أخذت شبهاً من أصليين .

أحدهما : إذا ركب دابةً فجاز بها المسافة المشروطة ، لكونه استوفى المعقود عليه ، وزيادة .
والثاني : إذا استأجر أرضاً ، فزرع غيرها . لأنه زرع متمدياً . فلماذا خيره بينهما . ولأنه وجد سبب يقتضى كل واحد من الحكيم . وتعذر الجمع بينهما . فكان له أوفرهما . وفوّض اختياره إلى المستحق .

كقتل العمد . ومن نصر أبى بكر قال : هذا متمعد بالزرع كله . فكان عليه أجر المثل . كالفاسب . ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه . ويملك أخذه بنفقته ، إذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة ، فإنه غير متمعد بالجميع . إنما تعدى بالزيادة وحدها . ولهذا لا يملك المسكرى منعه من الجميع . ونظير هاتين المسألتين من أكثرى غُرْفَةً ليجعل فيها أَقْفَرَةً حِنْطِيَّةً ، فترك فيها أكثر منها ، ومن أكثرها ليجعل فيها قنطاراً من القطن ، فجعل فيها قنطاراً من حديد ، ففي الأولى له المسمى ، وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ما قلنا في مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذى يزرع أضرراً مما أكثرى له حكم الفاسب ، لرب الأرض منعه في الابتداء ، لما يلحقه من الضرر ، فإن زرع قرب الأرض مختر بين ترك الزرع بالأجر ، وبين أخذه ، ودفع النفقة ، وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه ، فله الأجرة لا غير على ما ذكرنا في باب الفاسب .

(فصل)

٤١٩٢

وإن أكثرى دابةً إلى مسافة ، فسلك أشقّ منها ، فهى مثل مسألة الزرع ، يخرج فيها وجهان . قياس المنصوص عن أحمد أن له الأجر المسمى ، وزيادة ، لسكون المسافة لا تتمعين على قول أصحابنا ، وقياس قول أبى بكر ، إن له أجر المثل . لأن الزيادة غير متميزة ، ولأنه متمعد بالجميع ، بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلمها ، بخلاف من سلك تلك الطريق ، وجاوز ، فإنه إنما يمنعه الزيادة لا غير ، وإن أكثرى لحمل قطن ، فحمل بوزنه حديداً ، أو لحمل حديد فحمل قطناً ، فالصحيح أن عليه أجر المثل ههنا ، لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الأرض ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الإجارة ، وزيادة عليه ، بخلاف ما قبلها من المسائل ، وسائر مسائل العسودان في الإجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل : ما كان متميزاً ، وما لم يكن متميزاً ، فتأحق كل مسألة بنظيرتها ، والله أعلم .

(فصل)

٤١٩٣

إذا أكره لحمل قفيزين ، فحملهما ، فوجدتهما ثلاثاً ، فإن كان للمسكرى تولى السكيل ، ولم يعلم المسكرى بذلك فحكمه حكم من أكثرى لمحولة شيء ، فزاد عليه ، وإن كان المسكرى تولى كيّله وتعبيته ، ولم يعلم المسكرى ، فهو غاصب ، لا أجر له في حمل الزائد ، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها ، لأنها تلفت بعدوان صاحبها ، وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره .

وإن تولى ذلك أجنبي ، ولم يعلم المسكرى ، والمسكرى ، فهو متمعدٌ عليهما ، يلزمه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به الضمان ، ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه ، وسواء كاله أحدهما ، ووضع الآخر على ظهر الدابة ، أو كان الذى كاله ، وعتابه وضعه على ظهرها .

وقال أصحاب الشافعيّ في أحد الوجهين : إذا كاله المكترى ، ووضعهُ المُكْرَى على ظهر البهيمة لا ضمان على المكترى ، لأن المكري مُفْرَط في حمله .

ولنا : أن التدليس ليس من المكترى ، إذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به ، فلزمه الضمان ، كما لو أمر أجنبياً بتحميلها ، فأما إن كاله المكترى ، ورفعها المكري على الدابة عالمًا بكيلها لم يضمن المكترى دابته إذا تلفت ، لأنه فعل ذلك من غير تدليس ، ولا تغيير ، وهل له أجر القفيز الزائد ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : لا أجر له ، لأن المكترى لم يعمل له على ذلك أجراً .

والثاني : له أجر الزائد ، لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة ، فجري مجرى المعاوضة في البيع ، ودخول الحتام من غير تقدير أجره ، وإن كاله المكري وحمله المكترى على الدابة عالمًا بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها ، فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الأجر وجهان ، كما لو حمله المكري عليها ، لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله ، وإن كاله أحدهما ، وحمله أجنبياً بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر ، وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ، ثم حمله .

﴿ مسألة ﴾

٤١٩٤

قال ﴿ ولا يجوز أن يكتري مدة غزاته ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : الأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : قد عرف وجه ذلك ، وأرجو أن يكون حقيقاً .

ولنا : أن هذه إجارة في مدة مجهولة ، وعمل مجهول ، فلم يجوز ، كما لو أكرهاها لمدة سفره في تجارته ، ولأن مدة الغزاة تطول ، وتقصّر ، ولا حد لها تُعرف به ، والعمل فيها يقلّ ، ويكثر ، ونهاية سفرهم تقرب وتبعد ، فلم يجوز التقدير بها ، كغيرها من الأسفار المجهولة ، فإن فعل ذلك فله أجر المثل ، لأنه عقدٌ كلّ عوض لم يَسَلَمْ له ، لفساد العقد ، فوجب أجر المثل ، كسائر الإجازات الفاسدة .

﴿ مسألة ﴾

٤١٩٥

قال ﴿ فإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجاز ﴾

وجملته : أن من اكتري فرساً مدة غزوه كلّ يوم بدرهم ، فالمنصوص عن أحمد صحته ، وقال الشافعيّ : هذا فاسد . لأن مدة الإجارة مجهولة .

ولنا : أن علياً رضى الله عنه أجر نفسه كلّ دلوٍ بتمرة ، وكذلك الأنصاريّ ولم ينسكه النبيّ

صلى الله عليه وسلم ، ولأن كل يوم معلوم مدته ، وأجرته ، فصَحَّ ، كما لو قال : أجزتكم شهرًا ، كل يوم بدرهم ، أو قال : استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولا بد من تعيين ما يستأجر له ، إما لركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الأجر المسمى لكل يوم ، سواء كانت مقيمة ، أو سائرة ، لأن المنافع ذهبت في مدته ، فأشبه ما لو اكتري دارًا ، فأغلقها ، ولم يسكنها ، وإن أجزت نفسه لسقى نخل كل دلو بتمرّة أو بقلنس ، أو أجزر معلوم جاز للآخر الوارد فيه ، ولأن كل عمل معلوم له عوض معلوم ، فجاز كما لو سُمي دلاءً معروفةً ، ولا بد من معرفة الدلو ، والبئر ، وما يستسقى به ، لأن العمل يختلف به .

(فصل)

٤١٩٦

ونقل أبو الحارث عن أحمد ، في رجل استأجر دابة في عشرة أيام ، بعشرة دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم ، فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكتري دابة من مكة إلى جدة بكذا ، فإن ذهب إلى عَرَقاتٍ بكذا ، فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه : لو قال : أكرتكم بعشرة ، فما حبسها ، فعليه كل يوم عشرة .

وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجرًا معلومًا صحَّ ، ويتأول القاضي هذا كله على أن يصح في الأول ، ويفسد في الثاني ، لأن مدته غير معلومة ، فلم يصح العند فيه ، كما لو قال : استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة ، وهي عشرة أقفزة بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا . فإن قوله : فهو جائز عاد إلى جميع ما ذكر قبله ، وكذلك قوله : لا بأس ، ولأن لكل عمل عوضًا معلومًا ، فصَحَّ كما لو استسقى له كل دلو بتمرّة ، وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه ، ومسألة الصبرة لانصافها عن الإمام ، وقياسُ نصوصه صحة الإجارة ، وإن سلم فسادها ، فلأن المُقْضَى التي شرط حملها غير معلومة بتعيين ، ولاصفة ، وهي مختلفة فلم يصح العقد ، لجهالتها ، بخلاف الأيام ، فإنها معلومة .

(فصل)

٤١٩٧

وإن قال : إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم ، فعن أحمد فيه روايتان : إحداهما : لا يصح ، وله أجر المثل ، نقلها أبو الحارث عن أحمد . وهذا مذهب مالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير ، فلم يصح كما لو قال : يمتك نقدًا بدرهم ، أو بدرهمين نسيئة .

والثانية : يصح ، وهو قول الحارث المِسْكَنِي ، وأبي يوسف ، ومحمد ، لأنه سُمي لكل عمل عوضًا معلومًا ، فصَحَّ كما لو قال : كل دلو بتمرّة .

وقال أبو حنيفة : إن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً لا يُزاد على درهم ، ولا يُنقص عن نصف درهم ، لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم ، فلا ينقص منه ، وهو قد رضى في أكثر العملين بدرهم ، فلا يُزاد عنه ، وهذا لا يصح ، لأنه إن صح العقد فله المسمى ، وإن فسد فوجوده كالمعدم ، ويجب أجر المثل ، كسائر العقود الفاسدة .

(فصل)

٤١٩٨

وإن قال : إن خطته رومياً فلك درهم ، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم ، ففيها وجهان ، بناء على التي قبلها ، والخلاف فيها كالتى قبلها ، لأن أبا حنيفة وافق صاحبه في الصحة ههنا .

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتمين فيه العوض ، ولا الم عوض ، فلم يصح ، كما لو قال : بعثك هذا بدرهم ، أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين : أحدهما : أن العمل الثانى ينضم إلى العمل الأول ، ولكل واحد منهما عوض مقدّر ، فأشبهه ما لو قال : بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، وههنا الخياطة واحدة ، شرط فيها عوضاً إن وجدت على صفة ، وعوضاً آخر إن وجدت على أخرى ، فأشبهه ما لو باعه بعشرة صحاح ، أو إحدى عشرة مكسرة . والثانى : أنه وقف الإجارة على شرط بقوله : إن خطته كذا ، فلك كذا ، وإن خطته كذا ، فلك كذا ، بخلاف قوله ، كل دلو بتمرة .

(فصل)

٤١٩٩

ونقل مهنا عن أحمد ، فيمن استأجر من حمال إلى مصر بأربعين ديناراً ، فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون ، فإن نزل الرقة فكراؤه عشرون ، فقال : إذا كثرت إلى الرقة بعشرين ، واكثرت إلى دمشق بعشرة ، واكثرت إلى مصر بعشرة ، جاز ، ولم يكن للحمال أن يرجع .

فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الأول ، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة ، لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، ويخرج فيه أن يصح ، بناء على المسألتين قبل هذا ، ونقل البرزاطى عن أحمد ، فى رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الكوفة ، وقال : إن وصلت الكتاب يوم كذا ، وكذا ، فلك عشرون ، وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة ، فالإجارة فاسدة ، وله أجر مثله ، وهذا مثل الذى قبله .

ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة ، وقال : إن ردّتها غداً فكراؤها عشرة ، وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة ، فلا بأس ، وهذه الرواية تدل على صحة الإجارة ، والظاهر عن أحمد فى رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد ، وهو قياس بيعتين فى بيعة ، والله أعلم .

(فصل فى مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل)

٤٢٠٠

أحدها : قال : استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة إلى مصر بعشرة ، فالإجارة صحيحة ، بغير خلاف

نعمه ، لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة ، التي يجوز بيعها بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالأول علم كيلها .
 الثانية : قال : استأجرتك لتحملها لى كل قفيز بدرم ، فيصح أيضاً ، وبه قال الشافعى ، وقال
 أبو حنيفة : يصح فى قفيز ، ويُبطل فيما زاد ، ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها ، وقد ذكرناه .

الثالثة : قال : لتحملها لى قفيزاً بدرم ، وما زاد فبحساب ذلك ، فيجوز ، كالأول قال : كل قفيز بدرم
 وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها ، كقوله : لتحمل منها قفيزاً بدرم ، وسائرهما ، أو باقيةا
 بحساب ذلك ، أو قال : وما زاد بحساب ذلك يُريد به باقيةا كله ، إذا فهمنا ذلك من اللفظ ، لدلالته
 عندهما عليه ، أو لقربة صرّفت إليه .

الرابعة : قال : لتحمل منها قفيزاً بدرم ، وما زاد فبحساب ذلك ، يريد مهما كانت من باقيةا فلا يصح
 ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى لأن المقود عليه بمضها ، وهو مجهول .

ويحتمل أن يصح ، لأنه فى معنى كل دلو بتمرة ،

الخامسة : قال : لتتنقل لى منها كل قفيز ، بدرم ، فهى كالرابعة سواء .

السادسة : قال : لتحمل منها قفيزاً بدرم ، على أن تحمل الباقي بحساب ذلك ، فلا يصح ، لأنه فى معنى
 بيعتين فىبيعة ، ويحتمل أن يصح ، لأن معناه : لتحمل لى كل قفيز بدرم .

السابعة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة كل قفيز بدرم ، وتنقل لى صبرة أخرى فى البيت ، بحساب
 ذلك ، فإن كانا يعلمان الصبرة التى فى البيت بالمشاهدة صحّ فيها ، لأنهما كالصبرة الواحدة ، وإن جهلها
 أحدهما صحّ فى الأولى ، وبطل فى الثانية ، لأنهما عقدان ، أحدهما على معلوم ، والثانى على مجهول ، فصحّ
 فى المعلوم ، وبطل فى المجهول ، كما لو قال : بمك عبدي هذا بعشرة ، وعبدي الذى فى البيت بعشرة .

الثامنة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة ، والتى فى البيت بعشرة ، فإن كانا يعلمان التى فى البيت صحّ فيها
 وإن جهلها بطل فيها ، لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ، ومجهول ، بخلاف التى قبلها ، فإن كانا
 يعلمان التى فى البيت ، لكنّها مفصولة ، أو امتنع تصحيح العقد فيها لما منع اختصّ بها ، بطل العقد فيها ، وفى
 صحته وفى صحة الأخرى وجهان ، بناء على تفريق الصفقة ، إلا أنهما إن كانتا قفزانهما معلومة أو قدرا أحدهما
 معلوم من الأخرى فالأولى صحته ، لأن قسط الأجر فيها معلوم ، وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه ،
 لجهالة العوض فيها .

التاسعة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة ، وهى عشرة أفقرة بدرم ، فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب
 ذلك ، صحّ فى العشرة ، لأنها معلومة ، ولم يصح فى الزيادة ، لأنها مشكوك فيها ، ولا يجوز العقد
 على ما بُشك فيه .

العاشرة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم ، فإن قَدِمَ لى طعام فحملته فبحساب ذلك ، صحّ أيضاً فى الصبرة ، وفسد فى الزيادة ، لما ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾

٤٢٠١

قال ﴿ ومن اكترى إلى مكة فلم يرى الجمال الراكبين ، والحامل والأعطية ، والأوطانة ، لم يجز السكراء ﴾ .

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة ، وغيرها ، وقد قال الله تعالى : (وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا)^(١) ولم يفرق بين الملوكة ، والمكتراة ، ورؤى عن ابن عباس فى قوله تعالى (أَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ)^(٢) أن تمجج ، وتسكرى ، ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجة إلى السفر ، وقد فرض الله تعالى عليهم الحج ، وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ، وليس لكل أحد بهيمة يملكها ، ولا يقدر على معاناتها ، والقيام بها ، والشّد عليها ، فدعت الحاجة إلى استئجارها ، فجاز دفعاً للحاجة .

إذا ثبت هذا : فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه ، لأنه عقد معارضة محضة ، فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه ، كالبيع .

فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين ، والآلة التى يركبون فيها ، من تحمّل أو تحارة^(٣) وغيرها ، وإن كان مقتباً^(٤) ذكره ، وهل يكون مغطى أو مكشوقاً ؟ فإن كان مغطى احتيج إلى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذى يوطأ به^(٥) الحمل ، والمعاليق التى معه من قرّبة ، وسطيحة وسفرة ، ونحوها ، وذكر سائر ما يحمل معه ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وابن المنذر ، إلا أن الشافعى قال : يجوز إطلاق غطاء الحمل ، لأنه لا يختلف اختلافاً متبايناً ، وحكى عنه فى المعاليق قول : أنه يجوز إطلاقها ، وتحمل على العرف .

وحكى عن مالك : أنه يجوز إطلاق الراكبين ، لأن أجسام الناس متقاربة فى الغالب .

(١) بعض الآية ٨ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ٣٩٨ من سورة البقرة

(٣) المحارة : شئ يشبه الهودج ، يوضع على الجمل يجلس فيه الراكب يقيه الحر والبرد ويريمه فى ركوبه .

(٤) المقتب ، والقتب : بكسر القاف وسكون التاء ، وبحريك القاف والتاء أكثر من الأول ، وهو الإكاف

الصغير على قدر سنام البعير ، وإلا كاف للجمل مثل البرذعة للحمار ونحوه

(٥) بوطاً به . يلين به ويسهل بحيث يكون مريحاً للراكب

وقال أبو حنيفة : إذا قال : فى الحمل رجلان ، وما يصلحهما من الوطاء ، والدُّثْرُ جاز ، استحساناً ، لأن ذلك يتقارب فى العادة ، فحمل على العادة ، كالمعاليق . وقال القاضى فى غطاء الحمل كقول الشافعى .

ولنا أن هذا يختلف ، ويتباين كثيراً ، فاشتُرِطت معرفته ، كالطعام الذى يحمل معه ، وقولهم : إن أجسام الناس متقاربة لا يصح ، فإن منهم الكبير ، والصغير ، والطويل ، والقصير ، والسمين والمزبل والذکر ، والأنثى ، ويختلفون بذلك . ويتفاوتون كثيراً . ويتفاوتون أيضاً فى المعاليق . فمنهم من يُكثِرُ الزادَ . والحوائج . ومنهم من يقنع باليسير . ولا عُرف له يرجع إليه فاشتُرِطت معرفته . كالحمل والأوطئة ، وكذلك غطاء الحمل ، من الناس من يختار الواسع الثقيل ، الذى يشتدُّ على الحمل فى الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف ، فتجب معرفته ، كسائر ما ذكرنا .

وأما المستأجر فيحتاج إلى معرفة الدابة التى يركب عليها ، لأن الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد أمرين : إما بالرؤية ، فيكتفى بها ، لأنها أعلى طرق العلم ، إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمى فيه ، كالرَّهْوَالِ ، وغيره ، فأما أن يُجربه ، فيعلم ذلك برويته : وإما أن يصفه ، وإما بالصفة ، فإذا وجدت اكتفى بها ، لأنه يمكن ضبطه بالصفة ، فجاز العقد عليه ، كالبيع ، وإذا استأجر بالصفة لاركو ب احتاج إلى ذكر الجنس ، فيقول : لابل ، أو خيل ، أو بقال ، أبو حمير ، والدَّوْع ، فيقول : بُحْتَى ، أو عرَبِيَّة ، وفى الخيل : عربى ، أو برِّدُون ، وفى الحمير : مصرى ، أو شامى ، إن كان فى النوع ما يختلف ، كالمُهْمَلِج من الخيل ، والقَطَوف ، احتيج إلى ذكره ، وذكر القاضى : أنه يحتاج إلى معرفة الذكورية ، والأنثوية ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فإن الأنثى أسهل ، والذكر أقوى ، ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك ، لأن التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء إلى مَكَّة فالصحيح أنه لا يحتاج إلا ذكر الجنس ، ولا النوع ، لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة إنما هو الجمال العَرَّابُ دون البَحَّاتِي .

(فصل)

٤٢٠٢

وإذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين ، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه ، لأن ذلك ليس اليهما ، ولا مقدور عليه لهما وإن كان فى طريق السير فيه إليهما استُحِبَّ ذكر قدر السير فى كل يوم ، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً ، لأنه معلوم بالعرف ، ومتى اختلفا فى ذلك ، وفى ميقات السير ليلاً ، أو نهاراً ، وفى موضع المنزل ، أما فى داخل البلد ، أو خارج منه مُجَلَّلاً على العرف ، كما لو أطلقا الثمن فى بلد فيه نقد معروف ، وإن لم يكن للطريق عُرف ، وأطلقا العقد فقال القاضى : لا يصح ، كما لو أطلقا الثمن فى بلد لا عُرف فيه ، والأولى أن هذا ليس بشرط ، لأنه

لو كان شرطاً لما صحَّ العقد بدونه . في الطريق المَخُوف ، ولأنه لم تجر العادة بتقدير السير في طريق ، ومتى اختلفا رُجِعَ إلى العرف في غير تلك الطريق .

(فصل)

٤٢٠٣

وإن اشترط حمل زاد مقدّر ، كاثني عشر ، نظرنا ، فإن شرط أنه يُبدل منها ما نقص بالأكل ، أو غيره ، فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يُبدل لم يسكن له إبداله ، فإن ذهب بغير الأكل ، كسرقة ، أو سقوط فله إبداله ، لأن ذلك لم يدخل في شرطه ، وإن أطلق العقد فله إبدال ما ذهب بسرقة ، أو سقوط ، أو أكل غير معتاد ، بغير خلاف ، وإن نقص بالأكل للمعتاد فله إبداله أيضاً ، لأنه استحقّ حمل مقدار معلوم ، فملك إبدال ما نقص منه ، كما نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لا يملك إبداله ، لأن العرف جارٍ بأن الزاد ينقص ، فلا يُبدل ، فحمل العقد عند الإطلاق على العرف ، وصار كالصرّح به ، وقال الشافعي : القياس أن له إبداله ، ولو قيل : ليس له إبداله كان مذهباً ، لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميعاً للساقة ، ولذلك بقلّ أجره عن أجر المتاع .

(فصل)

٤٢٠٤

وإذا اكرت جملّاً ليُحجّ عليه ، فله الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى ، لأنه من تمام الحجّ ، وقيل : ليس له الركوب إلى منى ، لأنه بعد التحلّل من الحجّ ، والأولى أن له ذلك ، لأنه من تمام الحجّ ، وتوابعه ، ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره ، فدخل في قول الله تعالى (وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) ومن اكرت إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحجّ ، لأنها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك ، لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحجّ ، لكونها لا يكرت إليها إلا للحجّ غالباً ، فكان بمنزلة المكرت للحجّ .

(فصل)

٤٢٠٥

فما يلزم المكري والمكترى للركوب . يلزم المكري كلّ ما جرت العادة أن يُوطأ به المركوب للراكب ، من الحاجة^(١) للجمل ، والقَتَبِ ، والزمام الذي يُقاد به البعير ، والبُرّة التي في أنف البعير ، إن كانت العادة جارية بينهم بها ، وإن كان فرساً فاللجام ، والسرّج ، وإن كان بقلاً ، أو حمراً فالبرذعة ، والإكاف ، لأن هذا هو العرف ، فحمل الإطلاق عليه . وعلى المكترى ما يزيد على ذلك ، كالحمل ، والحجارة والحبل الذي يشدّ به بين الحملين ، أو الحارتين . لأن ذلك من مصلحة الحمل ، والوطاء الذي يشدّ فوق الحاجة تحت الحمل ، وعلى المكري رفع الحمل على الجمل ، ورفع الأحمال ، وشدّها وحطّها . لأن هذا هو العرف ، وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد ؛ والسائق .

(١) الحاجة : مركب للنساء كالخفة ، وهي بكسر الحاء

هذا إذا كان السكراء على أن يذهب مع المكترى ، وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها
 لنفسه ، فشكل ذلك عليه . لأن الذى على المكبرى تسليم البهيمة ، وقد سلمها ، فأما الدليل فهو على المكترى .
 لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة ، وآلتها ، فلم يلزمه كالزاد .

وقيل : إن كان اكترى منه بهيمة بعينها ، فأجرة الدليل على المكترى . لأن الذى عليه أن يسلم الظهر ،
 وقد سلمه ، وإن كانت على حمله إلى مكان معين في الذمة فهو على المكبرى ، لأنه من مؤنة إيصاله إليه ،
 وتحصيله فيه .

(فصل)

٤٢٠٦

وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب ، والبعير قائم ، كالرأة ، والشيخ ، والضعيف ، والسمين ،
 وشبههم ، فعلى الجمال أن يُبرك للركوبه ، ونزوله ، لأنه لا يتمكن من الركوب ، والنزول إلاّ به ،
 وإن كان ممن يمكنه الركوب ، والنزول ، والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يُبرك له الجمل ، لأنه يمكن استيفاء
 العقود عليه بدون هذه الكلفة ، وإن كان قوياً حال العقد فضعف في أثرائه ، أو ضعيفاً ، فقوى ، فلا اعتبار
 بحال الركوب . لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة .

ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة ، وقضاء حاجة الإنسان ، وطهارته ، ويدع البعير
 واقعاً حتى يفعل ذلك ، لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير ، وما أمكنه فعله عليه من الأكل ،
 والشرب ، وصلاة النافلة ، من السنن ، وغيرها ، لم يلزمه أن يُبركه له ، ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد
 المكترى إتمام الصلاة ، وطلبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك ، بل تكون خفيفة في تمام .
 ومن اكترى بعييراً لإنسان يركبه لنفسه ، وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك ، لأنه وفى له بما عقد عليه ،
 فلم يلزمه شيء سواه .

(فصل)

٤٢٠٧

إذا اكترى ظهراً في طريق العادة فيه النزول ، والمشي عند اقتراب المنزل ، والمكترى امرأة ،
 أو ضعيف ، لم يلزمه النزول ، لأنه اكتراه جميع الطريق ، ولم تجر له عادة بالمشي ، فلزم حمله في جميع الطريق ،
 كالمتاع ، وإن كان جليداً قوياً ففيه وجهان :
 أحدهما : لا يلزمه النزول أيضاً ، لأنه عقد على جميع الطريق ، فلا يلزمه تركه في بعضها ، كالضعيف .
 والثاني : يلزمه ، لأنه متعارف ، والمتعارف كالشروط .

(فصل)

٤٢٠٨

وإن هرب الجمال في بعض الطريق ، أو قبل الدخول فيها ، لم يخل من حالين :

أحدهما : أن يهرب بجماله ، فينظر : فإن لم يجد المستأجر حاكماً ، أو وجد حاكماً لم يمكن إثبات الحال عنده ، أو أمكن الإثبات عنده ، ولا يحصل له ما يكتري به ما يستوفي حقه منه ، فللمستأجر فسخ الإجارة ، لأنه تعذر عليه قبضُ المعقود عليه . فأشبه ما لو أفلس المشتري ، أو انقطع السلم فيه عند تحله ، فإن فسخ العقد ، وكان الجمال قد قبض الأجر ، كان ديناً في ذمته ، وإن اختار المقام على العقد ، وكانت الإجارة على عمل في الذمة فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طالبه به .

وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك ، وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمال مالاً اكتري به له ، وإن لم يجد له مالاً ، وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال ، أو من غيره ما يكتري به فعله ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكتري ليكتري لنفسه به جاز . في ظاهر كلام أحد ، وإن اقترض عليه من المكتري ما يكتري به جاز ، وصار ديناً في ذمة الجمال .

وإن كان العقد على معين لم يحز لإبداله ، ولا اكتراء غيره . لأن العقد تعلق بعينه ، فيمتخير المكتري بين الفسخ ، أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل .

الحال الثاني : إذا هرب الجمال ترك جماله ، فإن المكتري يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمال مالاً استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق على الجمال ، والشدة عليها ، وحفظها ، وفعل ما يلزم الجمال فعله ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا .

وإن أذن^(١) من المكتري ، وأنفق جاز ، وإن أذن للمكتري في الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمال جاز ، لأنه موضع حاجة ، وإذا رجع الجمال ، واختلفا فيما أنفق نظرنا : فإن كان الحاكم قدّر له ما ينفق قبيل قوله في قدر ذلك ، وما زاد لا يحتسب به ، وإن لم يقدر له قبيل قوله في قدر النفقة بالمعروف ، لأنه أمين ، وما زاد لا يرجع به ، لأنه متطوع به ، وإذا وصل المكتري رفع الأمر إلى الحاكم ، ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال ، فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري ، أو لغيره ، ويحفظ باقي الثمن له ، وإن رأى بيع بعضها ، وحفظ باقيها ، والإنفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز .

وإن لم يجد حاكماً ، أو عجز عن استدانة ، فله أن ينفق عليها ، ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه ، فإن فعل ذلك متبرئاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع ، وأشهد على ذلك رجع به ، لأنه حال ضرورة ، وهذا أحد الوجهين للشافعي ، وإن لم يشهد ، ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان :

(١) أدان : استدان واقترض .

أحدهما : يرجع به . لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إ إذن في الإنفاق .
والثاني : لا يرجع به . لأنه يُثبت لنفسه حقاً على غيره ، وكذلك إن لم يجد من يُشهره ، فأنفق
مُحتسباً بالرجوع ، وقياس المذهب أن له الرجوع ، لقولنا : يُرجع بما أنفق على الآبق ، وعلى عيال
الغائب ، وزوجاته ، والدابة المرهونة .

ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه ، وأشهد على ذلك ، ففي رجوعه وجهان أيضاً ،
وحكم موت الجمال حكم هر به ، وقال أبو بكر : مذهب أحمد أن الموت لا يفسخ الإجارة ، وله أن يركبها ،
ولا يُسرف في علفها ، ولا يقصّر ، ويرجع بذلك في مال التوفى ، فإن لم يكن في يد المستأجر ما يُنفقه لم يحز
أن يبيع منها شيئاً ، لأن البيع إنما يجوز من المالك ، أو من نائبه ، أو ممن له ولاية عليه .

(فصل)

٤٢٠٩

قال أصحابنا : يصح كراء المُعْتَبَر ، وهو مذهب الشافعي ، ومعناها الركوب في بعض الطريق ،
يركب شيئاً ، ويمشي شيئاً لأنه إذا جاز أكثراؤها في الجميع جاز أكثراؤها في البعض ، ولا بد من كونها
معلومة ، إما أن يقدّر بها فراسخ معلومة ، وإما بالزمان ، مثل أن يركب ليلاً ، ويمشي نهاراً ، ويُعتبر في
هذا زمان السير ، دون زمان النزول ، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز . فإن أكثرى عُقْبَةً ،
وأطلق احتمال أن يجوز ويحمل على العُرف ، ويحتمل أن لا يصح ، لأن ذلك يختلف ، وليس له ضابط ،
فيكون مجهولاً .

وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ، ويمشي ثلاثة أيام ، أو ما زاد ، ونقص جاز ، وإن اختلفا لم
يُجبر المقتنع منهما ، لأن فيه ضرراً على كل واحد منهما ، الماشي لدوام المشي عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب
عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعب كان أثقل على البعير .

وإن أكثرى اثنان جلاً يركبانه عُقْبَةً ، وعُقْبَةً جاز ، ويكون كراؤهما طول الطريق ، والاستيفاء بينهما
على ما يتفقان عليه ، وإن تشاحا قسّم بينهما ، لكل واحد منهما فراسخ معلومة ، أو لأحدهما الليل ،
ولآخر النهار ، وإن كان لذلك عرف رُجع إليه ، وإن اختلفا في البادية منها أقرع بينهما ، ويحتمل
أن لا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم ، لكل واحد منهما لأنه عقد على مجهول بالنسبة إلى
كل واحد منهما ، فلم يصح كما لو اشتريا عبيدين ، على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منهما

﴿مسألة﴾

٤٢١٠

قال ﴿فإن رأى الراكبين ، أو وُصفاه ، وذكر الباقي بأرطال معلومة فجاز﴾ .
وجملته : أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين ، وإذا وصفهما بما يختلفان به في الطول ،

والقصر ، وأهزال ، والسمن ، والصحة ، والمرض ، والصغر ، والكبر ، والذكورية والأنوثة ، والباقي يكفى فيه ذكر الوزن ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : لا بدّ من معرفة الراكبين بالرؤية ، لأنه يختلف بثقله ، وخفته ، وسكونه ، وحركته ، وينضببط بالوصف ، فيجب تعيينه ، وهذا مذهب الشافعي ، ولهم في الحيل وجه : أنه لا تكفى فيه الصفة ، ويجب تعيينه .

ولنا أنه عقد معاوضة ، مضاف إلى حيوان ، فاكتمى فيه بالصفة ، كالبيع ، وكالمركوب . في الإجارة ، ولأنه لو لم يكتفَ فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه . لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات ، فما لا تأتى عليه الصفات لا يعلم التساوى فيه ، ولأن الوصف يكتفى به في البيع ، فاكتمى به في الإجارة ، كالرؤية ، والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير ، تجري المساحة فيه ، كالسلم فيه .

(فصل)

٤٢١١

ويجوز اكتراء الابل ، والدواب للحمولة ، قال الله تعالى (وَتَحْمِلُ أُنْفُسَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِأَلْفِهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ ^(١)) والحمولة بالضم الأحمال ، والحمولة بالفتح التي تحمل عليها ، قال الله تعالى (وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَسَاتٌ ^(٢)) الحمولة الكبار ، والقرش الصغار ، وقيل : الحمولة الإبل ، والفرش : الفم لأنها لا تحمل ، ولا يحتاج إلى معرفة الحمولة ، لأن الغرض حمل المتاع دون ما يحمله ، بخلاف الركوب ، فإن للراكب غرضاً في الركوب ، من سهولته ، وحالة مرعته ، وإن اتفق وجود غرض في الحمولة ، مثل أن يكون المحمول شيئاً تضره ، كثرة الحركة ، كالفاكهة ، والزجاج ، أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض ، فينبغى أن يذكر في الإجارة .

وأما الأحمال فلا بد من معرفتها ، فإن لم يعرفها لم يجز ، لأن ذلك يتفاوت كثيراً ، ويختلف الغرض به ، فإن شرط أن يحمل ما شاء بطل لأن ذلك لا يمكن الوفاء به ، ويدخل فيه ما يقتل البهيمة ، وإن قال : احتيل عليها طاعتها لم يجز أيضاً ، لأن ذلك لا ضابط له ، وتحصل المعرفة بطريقتين :

(المشاهدة) لأنها من أعلى طرق العلم .

(والصفة) ويشترط في الصفة معرفة شيئين : القدر ، والجنس ، لأن الجنس يختلف تبعاً البهيمة باختلافه ، مع التساوى في القدر ، فإن القطن يضر بها من وجه ، وهو أنه ينتفخ على البهيمة ، فيدخل فيه الريح ، فيثقل ، ومثله من الحديد يؤذى من جهة أخرى ، وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة ، فربما عقرها ، فلا بدّ من بيانه .

(١) الآية : ٧ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ١٤٢ من سورة الأنعام .

وأما الظروف فإن دخلت في الوزن لم يحتج إلى ذكرها ، وإن لم توزن ، فإن كانت ظروفًا معروفةً لا تختلف ، كغرائر الصوف ، والشعر ، ونحوها جاز المقدُّ عليها من غير تعيين ، لأنها قلما تتفاوت تفاوتًا كثيرًا ، فقسيمتها تكفي ، وإن كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين ، أو الصفة ، وذكر ابن عقيل : أنه إذا قال : أكريتكم لتحمل عليها ثلاثمائة رطل عماشئت جاز ، وملك ذلك ، لكن لا يحمله حملًا يضر بالحيوان ، مثل ما لو أراد حمل حديد ، أو زئبق ، ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان ، فلا يجتمع في موضع واحد . من ظهره ، ولا يحمله في وعاء يتموج فيه ، فيسكد البهيمة ، ويضعها .

وإن اكرت لظهرًا للحمل موصوفًا بنحس ، فأراد حمله على غير ذلك الجنس ، وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه ، لأنه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه ، وإن طلبه المؤجر ، وكان يفوت به غرض المستأجر ، مثل أن يكون غرضه الاستئجار في السير ، أو أن لا ينقطع عن القافلة ، فيتعين الخيل ، أو البغال ، أو يكون غرضه سكون الحولة ، لكون الحولة مما يضرها الهز ، أو قوتها ، وصبرها لطول الطريق ، وثقل الحمل ، فيعين الابل لم يجز العدول عنه ، لأنه يفوت غرض المستأجر ، فلم يجز ذلك ، كافي المركوب ، وإن لم يفوت غرضًا جاز ، كما يجوز لمن اكرت على حمل شيء حمل مثله ، أو أقل ضررًا منه .

(فصل)

٤٢١٢

ويجوز كراء الدابة للعمل ، لأنها منفعة مباحة ، خلقت الدابة لها ، فجاز الكراء لها ، كالركوب ، وإن اكرت بقرًا للحرث حاز ، لأن البقر خلقت للحرث ، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « يَدِينَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا فَقَالَ : إِنِّي لَمْ أُخْلَقْ لِهَذَا ، إِنَّمَا خُلِقْتُ لِلْحَرْثِ » متفق عليه . ويحتاج إلى شرطين : معرفة الأرض ، وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تُعرف إلا بالمشاهدة ، ولأنها تختلف ، فتسكون صلبة تُتعب البقر ، والحراث ، وقد يكون فيها حجارة تملق بالسكة ، وتسكون رخوة تهلهل بسهل حرثها ، ولاتأني الصفة عليها ، فيحتاج إلى رؤيتها .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين : إما بالمدة كيوم وبومين وإما بالأرض كمهذه القطعة ، أو من هذا المكان إلى هذا المكان ، أو بالمساحة ، كمدى أو مدينين ، ونحو ذلك ، كل ذلك جائز ، لأن العلم يحصل به ، فإن قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها ، لأن الفرض يختلف باختلافها في القوة ، والضعف .

ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى ربُّ الأرض الحرث بها ، ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ، ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان^(١) والنير ، واستئجارها بدون آلتها ، وتكون

(١) الفدان : بفتح الفاء وتخفيف الدال وتشديد الهمزة يقرن للحرث بينهما ، أو هو آلة الثورين ، والنير : الحشبة التي على عنق الثور بأداتها .

الآلة من عند صاحب الأرض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع ، لأنها منفعة مباحة ، مقصودة ، فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة ، أو زرع معين ، أو موصوف ، كما ذكرناه في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج إلى معرفة الحيوان الذى يعمل عليه ، ليعرف قوته ، أو ضعفه .

وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج إلى معرفة جنس الحيوان ، لأن الغرض يختلف به ، فمنه ماروثه طاهر ، ومنه ماروثه نجس ، ولا يحتاج إلى معرفة عين الحيوان .

ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته ، وبغير آلته ، مع صاحبه ، ومنفرداً عنه ، كما ذكرنا في الحرث .

(فصل)

٤٢١٣

ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعى ، ويفتقر إلى شيتين : معرفة الحجر ، إما بمشاهدة ، وإما بصفة تحصل بها معرفته ، لأن عمل البهيمة يختلف فيه ، بثقله ، وخفته ، فيحتاج صاحبها إلى معرفته ، وتقدير العمل ، إما بالزمان ، فيقول : يوماً أو يومين ، أو بالطعام ، فيقول : قفيزاً ، أو قفيزين ، ويذكر جنس الطحون إن كان يختلف ، لأن منه ما يسهل طحنه ، ومنه ما يصعب ؛ وكذلك إن اكترأها لإدارة دولا ب ، فلا بد من مشاهدته ، ومشاهدة دولا ب ، لاختلافها ، وتقدير ذلك بالزمان ، أو ملء هذا الحوض ، أو هذه البركة ، وكذلك إن اكترأها للاستقاء بالقرب^(١) ، فلا بد من معرفته ، لأنه يختلف بكبره ، وصغره ، ويقدر بالزمان ، أو بعدد الغروب ، بملء بركة أو حوض .

ولا يجوز تقدير ذلك بسقى أرض ، لأن ذلك يختلف ، فقد تكون الأرض عطشانة لا يروى بها القليل ، وتكون قريبة العهد بالماء ، فيكفيها القليل ، فيكون ذلك مجهولاً ، وإن قدره بسقى ماشية احتمل أن لا يجوز . لذلك ، ويحتمل أن يجوز . لأن شربها يتقارب في الغالب ، ويجوز استئجار دابة ليستقى عليها ماء ، ولا بد من معرفة الآلة التى يستقى بها ، من راوية أو قرب ، أو جرار ، ومعرفة ذلك إما بالرؤية ، وإما بالصفة ، ويقدر العمل إما بالزمان ، وإما بعدد المرات ، وإما بملء شئ معين ، فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه ، والذى يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقرب ، والبعد ، والسهولة ، والخزونة^(٢) وإن قدره بملء شئ معين احتاج إلى معرفته ، ومعرفة ما يستقى منه .

ويجوز أن يكترى البهيمة بآلتها ، وبدونها ، مع صاحبها ووحدها ، وإن اكترأها لبل تراب معروف جاز ، لأن ذلك بالمعرف ، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذى يعمل عليه ، لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة ، والضعف ، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها ، لأنه لا يختلف ،

(١) الغرب . الدلو (الجردل) .

(٢) الخزونة الصوبة من ارتفاع وانخفاض وكونها حجرية ونحو ذلك .

ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك استقاء الماء عليه ، لأن منه ماروثه طاهر ، وجسمه طاهر ، بغير خلاف ، كالخيل ، والبقر ، ومنه ماروثه نجس ، ويختلف في نجاسة جسمه ، كالبقال ، والحير ، فربما نجس به المستقى ، أو دلوه ، فينجنس الماء به ، فيختلف الفرض بذلك ، فتجب معرفته .

(فصل)

٤٢١٤

وإذا اكرى حيواناً لعمل لم يُخاق له ، مثل أن اكرى البقر الركوب ، والحمل عليها ، أو اكرى الإبل ، والحرق للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة ، أمكن استيفائها من الحيوان ، لم يرد الشرع بتحريمها ، فجاز ، كالذى خلقت له ، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ماله العين المملوكة ، ويمكن تحصيله منها ، ولا يمنع ذلك إلا بمرض راجح ، إما ورود نص بتحريمه ، أو قياس صحيح ، أو رجحان مضرته على منفعتها ، وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الأكراد ، وغيرهم يحملون على البقر ، ويركبوها ، وفي بعض البلدان يحرق على الإبل ، والبقال ، والحير ، فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر ، كما أن الخيل خلقت للركوب ، والزينة ، وبإباحة كلها ، واللواؤ خلق للحلية ، ويجوز استعماله في الأدوية ، وغيرها ، والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٤٢١٥

﴿ وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمين ﴾

وجملته أن الأجير على ضربين : خاص ومشارك . فالخاص : هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة ، يستحق المستأجر نفعه في جميعها ، كرجل استؤجر بخدمة ، أو عمل في بناء ، أو خياطة ، أو رعاية ، يوماً أو شهراً ، سُمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه ، في تلك المدة ، دون سائر الناس . والمشارك الذي يقع العقد معه على عمل معين ، كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، وحمل شيء إلى مكان معين ، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها ، كالسكّال ، والطبيب . سُمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين ، وثلاثة ، وأكثر ، في وقت واحد ، ويعمل لهم ، فيشتركون في منفعته ، واستحقاقها ، فسمي مشتركاً ، لا شتراكم في منفعته ، كالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخِرَاقِي ، وهو ضامن لما جنت يده .

فالحائلك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على هذه المسألة ، في رواية ابن منصور ، والقصار ضامن لما يتخرق من دقّه أو مده ، أو عَصْرِهِ ، أو بَسَطِهِ ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه ، والخبّاز ضامن لما أفسد من خبزه ، والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه ، أو تلف من عَثْرته ، والجَمال يضمن ما تلف بقَوْدِهِ ، وسَوَقِهِ ، وانقطاع حَبْلِهِ الذي يشتد به حمله ، ولئلاّح يضمن ما تلف من يده ،

أو جَذْفَه ، أو ما يعالج به السفينة ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وعبد الله بن عُتبة ، وشريح ، والحسن ، والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يضمن مالم يتعد . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي وإن لم يبيع به ، وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزفر ، لأنها عين مقبوضة بهقد الإجارة : فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة .

ولنا : ما روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي أنه كان يضمن الصباغ ، والصواغ ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك ، وروى الشافعي في مسنده بإسناده ، عن علي أنه كان يضمن الأجراء ، ويقول لا يصلح الناس إلا هذا ، ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعبدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص . والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف في حرزه بمد عمله لم يكن له أجرٌ فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ، بخلاف الخاص ، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضى المدة ، وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء ، فتلف من حرزه ، لم يسقط أجره بتلفه .

(فصل)

٤٢١٦

ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه ، مثل الخباز يخبز في تنوره ، وملسكه ، والقصار ، والخباط في دكانيهما قال : ولو دعا الرجل خبازاً يخبز له في داره ، أو خياطاً ، أو قصاراً ليقصر ، ويخيط عنده ، لا ضمان عليه فيما أتلف ، مالم يفرط . لأنه سلم نفسه إلى المستأجر ، فيصير كالأجير الخاص .

قال : ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة ، أو راكباً على الدابة فوق رحله ، فعطب الرحل ، لا ضمان على الملاح ، والمُكارى . لأن يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع ، والحمال راكبين على الرحل ، فتلف رحله ، لم يضمنه الحمال لأن رب المتاع لم يسلمه إليه ، ومذهب مالك ، والشافعي نحوه هذا ، قال أصحاب الشافعي : لو كان العمل في دكان الأجير ، والمستأجر حاضر ، أو اكترأه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن ، لأن يده عليه ، فلم يضمن من غير جنابة ، ويجب له أجر عمله ، لأن يده عليه ، فكلما عمل شيئاً صار مُسَلِّماً إليه ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه ، أو ملك مسأجره ، أو كان صاحب العمل حاضراً عنده ، أو غائباً عنه ، أو كونه مع الملاح ، أو الجمال ، أو لا . وكذلك قال ابن عقيل : ما تلف بجنابة الملاح بجذْفِه^(١) أو بجنابة المكارى ، بشدة المتاع ونحوه ، فهو مضمون عليه ، سواء كان

(١) الجذف . بالذال وبالذال دفع السفينة بالمجداف .

صاحب المتاع معه ، أو لم يكن ، لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده ، فلا فرق بين حضور المالك ، وغيبته ، كالعُدوان ، ولأن جناية الجَمَال والمَلّاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يعمّ المتاع وصاحبه ، وتغريبطه بهما ، فلم يسقط ذلك الضمان ، كما لو رمى إنساناً مقتصراً فسكر ترسّه ، وقتله ، ولأن الطبيب ، والخَتَّان إذا جنت يداهما ضمناً مع حضور المطبّب ، والخِتُون ، وقد ذكر القاضى ، أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ، وربّ المتاع معه ، فعثر ، فسقط المتاع ، فتلّف ، ضمن ، وإن سُرق لم يضمن ، لأنه فى العِثَار تَلَفٌ بجنابته ، والسرقة ليست من جنابته ، وربّ المال لم يُحَلْ بيده وبينه ، وهذا يقتضى أن تَلَفه بجنابته مضمون عليه ، سواء حضر ربّ المال ، أو غاب ، بل وجوب الضمان فى محلّ النزاع أولى ، لأن الفعل فى ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله ، والسقطة من الحتمّال غير مقصودة له ، فاذا وجب الضمان ههنا قَمَّ أولى .

٤٢١٧

(فصل)

وذكر القاضى : أنه إذا كان المستأجر على حمله عبداً صفاراً ، أو كباراً ، فلا ضمان على المكارى ، فيما تلف من سَوَاقه وقَوَدِه ، إذ لا يضمن بنى آدم من جهة الإجارة ، لأنه عقد على منفعة ، والأولى وجوب الضمان ، لأن الضمان ههنا من جهة الجناية ، فوجب أن يعمّ بنى آدم وغيرهم كسائر الجنائيات ، وما ذكره ينقض بجناية الطبيب والخَتَّان . والله أعلم .

٤٢١٨

(فصل)

الأجير الخاصّ فهو الذى يستأجره مدّة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعدّ ، قال أحمد فى رواية مهنا ، فى رجل أمر غلامه بكيّل لرجل بَرّاً ، فسقط الرُّطْل من يده ، فانكسر ، لا ضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصّار ؟ قال : لا ، القصّار مشترك ، قيل : فرجل اكرتّى رجلاً يستقى ماءً ، فسكر الحجر ؟ فقال : لا ضمان عليه . قيل له : فإن اكرتّى رجلاً يحرث له على بقره فسكر الذى يحرث به ؟ قال : فلا ضمان عليه ، وهذا مذهب مالك ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، وظاهر مذهب الشافعى ، وله قول آخر : أن جميع الأجراء يضمنون ، وروى فى مسنده عن على رضى الله عنه أنه كان يُضمّن الأجراء ، ويقول : لا يُصْلِح الناس إلا هذا .

ولنا : أن عمله غير مضمون عليه ، فلم يضمن ما تلف به ، كالقصاص ، وقطع يد السارق ، وخبر على رضى الله عنه وكرّم وجهه مُرسَل ، والصحيح فيه أنه كان يُضمّن الصّبَاغ ، والصوّاغ ، وإن روى مطلقاً حل على هذا ، فإن المطلق يُحمل على المقيد . ولأن الأجير الخاصّ نائب عن المالك فى صرف منافعه إلى ما أمره به ، فلم يضمن من غير تعدّ ، كالوكيل ، والمضارب ، فأما ما يتلف بتعدّيه فيجب ضمانه ، مثل

الخباز الذى يسرف فى الوقود ، أو يلزقه قبل وقته ، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، لأنه تلف بتمدّ به ، فضمنه ، كغير الأجير .

(فصل)

٤٢١٩

وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، كالحياط فى دكان يستأجر أجيراً مدّة يستعمله فيها ، فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه ، أو أفسده ، لم يضمنه ، لأنه أجير خاص ، ويضمنه صاحب الدكان ، لأنه أجير مشترك .

(فصل)

٤٢٢٠

إذا ألتف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخير بين تضمينه إياه ، غير معمول ، ولا أجر عليه ، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول ، فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته ، فى الموضع الذى سلمه إليه ، ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده ، ويعطيه الأجر إلى ذلك المسكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً ، أو فى المسكان الذى أفسده فيه فله ذلك ، لأنه ملكه فى ذلك الموضع على تلك الصفة ، فلك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلا أن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه ، وما سلم إليه فلا يلزمه .

(فصل)

٤٢٢١

إذا دفع إلى حائك غزلاً ، فقال : انسجه لى عشرة أذرع ، فى عرض ذراع ، فنسجه زائداً على ما قدر له فى الطول ، والعرض ، فلا أجر له فى الزيادة . لأنه غير مأمور بها ، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه : فإن كان جاء به زائداً فى الطول وحده ، ولم ينقص الأصل بالزيادة ، فله ما سمي له من الأجر ، كما لو استأجره على أن يضرب له مائة كَبْنة ، فضرب له مائتين ، فإن جاء به زائداً فى العرض وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا أجر له . لأنه مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط ، عرض ذراع ، فبناء عرض ذراعين :

والثانى : له المسمى . لأنه زاد على ما أمر به . فأشبه زيادة الطول ، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول ، والعرض ، بأنه يمكن قطع الزائد فى الطول ، ويبقى الثوب على ما أراد ، ولا يمكن ذلك فى العرض ، وأما إن جاء به ناقصاً فى الطول ، والعرض ، أو فى أحدهما ، ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما : لا أجر له ، وعليه ضمان نقص الغزل ، لأنه مخالف لما أمر به ، فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع ، فبناء عرض نصف ذراع .

والثاني : له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن ، فضرب بمضه ، ويحتمل أنه إن جاء به ناقصاً في العرض ، فلا شيء له ، وإن كان ناقصاً في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وإن جاء به زائداً في أحدهما ، ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد ، وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه .

وقال محمد بن الحسن في الموضعين : يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النسيج ومطالبته بشمن غزله ، وبين أن يأخذه ، ويدفع إليه المسمى في الزائد ، أو بحصة المنسوج في الناقص . لأن غرضه لم يسلم له ، لأنه ينتفع بالطويل ، ما لا ينتفع بالقصير ، وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل ، فكأنه أتلف عليه غزله .

ولنا : أنه وجد عين ماله ، فلم يكن له المطالبة بموضه ، كما لو جاء به زائداً في الطول وحده ، فأما إن أثرت الزيادة ، أو النقص في الأصل ، مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفاً ، فنسجه خمسة عشر ، فصار صفيقاً ، أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقاً ، فنسجه عشرة ، فصار خفيفاً ، فلا أجر له بحال ، وعليه ضمان نقص الغزل ، لأنه لم يأت بشيء مما أمر به .

(فصل)

٤٢٢٢

إذا دفع إلى خياط ثوباً ، فقال : إن كان يقطع قيصاً ، فاقطعه ، فقال : هو يقطع ، وقطعه ، فلم يكف ، فعليه ضمانه ، وإن قال : انظر هذا يكفيني قيصاً ؟ قال : نعم ، قال اقطعه ، فقطعه ، فلم يكفه لم يضمن . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : لا ضمان عليه في المسألتين ، لأنه لو كان غره في الأولى لكان قد غره في الثانية .

ولنا : أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية أذن له من غير شرط ، فافترقا ، ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتفريده ، بل لعدم الإذن في قطعه ، لأن إذنه مقيد بشرط كفايته ، فلا يكون إذناً في غير ما وجد فيه الشرط ، بخلاف الثانية .

(فصل)

٤٢٢٣

فإن أمره أن يقطع الثوب قيص رجل ، فقطعه قيص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحاً ، ومقطوعاً ، لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن ، وقيل : يغرم ما بين قيص امرأة ، وقيص رجل ، لأنه مأذون في قيص في الجملة ، والأول أصح ، لأن المأذون فيه قيص موصوف بصفة ، فإذا قطع قيصاً غيره لم يكن فاعلاً لما أذن فيه ، فكان متمتعاً بابتداء القطع ، ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ، ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره .

٤٣٢٤

(فصل)

وإن اختلفا ، فقال : أذنت لي في قطعه قميص امرأة ، وقال : بل أذنت لك في قطعه قميص رجل ، أو قال : أذنت لي في قطعه قميصاً ، قال : بل قباء ، أو قال الصبّاغ : أمرتني بصبغه أحمر ، قال : بل أسود ، فالقول قول الخياط ، والصبّاغ . نصّ عليه أحمد في رواية ابن منصور ، فقال : القول قول الخياط ، والصبّاغ ، وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأبو ثور : القول قول رب الثوب ، واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من قال : له قولان كالذهبيين ، ومنهم من قال : له قول ثالث : أنهما يتحالفان ، كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، ومنهم من قال : الصحيح أن القول قول رب الثوب ، لأنهما اختلفا في صفة إذنه ، والقول قوله في أصل الإذن ، فكذلك في صفته . ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه ، فالقول قول من ينفيه .

ولنا : أنهما اتفقا في الإذن ، واختلفا في صفته ، فكان القول قول المأذون له ، كالضارب إذا قال : أذنت لي في البيع نساء ، ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع ، والصبّاغ الصبغ ، ولظاهر أنه فعل مأمرك ، واختلفا في لزوم الغرم له ، والأصل عدمه .

فعلی هذا يحلف الخياط ، والصبّاغ بالله : لقد أذنت لي في قطعه قباء ، وصبغه أحمر ، ويسقط عنه الغرم ، ويكون له أجر مثله ، لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ، ولا يستحق المسعى ، لأن المسعى ثبت بقوله ، ودعواه ، فلا يحث يمينه . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ » أخرجه مسلم .

فأما المسعى في العقد فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً ، وقطعه قميصاً ، وصبغه أسود ، فأما من قال : القول قول رب الثوب فإنه يحلف بالله : ما أذنت في قطعه قباء ، ولا صبغه أحمر ، ويسقط عنه المسعى ، ولا يجب للخياط ، والصبّاغ شيء ، لأنهما فعلا غير ما أذن لهما فيه .

وذكر ابن أبي موسى ، عن أحمد رواية أخرى : أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية ، والسواد ، فالقول قوله ، وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع ، وضمان ما أفسد ، ولا أجر له ، لأن قرينة حال رب المال تدل على صدقه ، فتترجح دعواه بهما ، كما لو اختلفا في حائط لأحدهما ، عليه عقد ، أو أزعج رجعتنا دعواه بذلك .

وإن اختلف الزوجان في متاع البيت رجعتا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له .

ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجعتا قول كل واحد منهما في آلة صناعته .

فعلی هذا : يحلف رب الثوب ، ما أذنت لك في قطعه قباء ، ويكفي هذا ، لأنه يبتغى به الإذن ، فيصير

(م ٥٠ المفق — خامس)

قاطماً لغير ما أذن فيه ، فإن كان القباء نخیطاً بخيوطٍ لما سكه ، لم يملك الخياط فقهه ، وكان لما سكه أخذه نخیطاً ، بلا عوض ، لأنه عمل في ملك غيره عملاً مجرداً عن عين مملوكة له ، فلم يكن له إزالته ، كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع ، لم يكن له رده إذا رضى صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الخيوط للخياط فله نزاعها ، لأنها عين ماله ، ولا يلزمه أخذ قيمتها ، لأنها مملوكة ، ولا يتلف بأخذها ماله حرمة ، فإن اتفقا على تمويضه عنها جاز ، لأن الحق لهما ، وإن قال رب الثوب : أنا أشد في كل خيط خيطاً حتى إذا سلته عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الإجابة إلى ذلك ، لأنه انتفاع بملكه ، وحكم الصبغ في قلع الصبغ إن أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب ، على ما مضى في بابه . والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب ، لما ذكرنا في دليلهم .

(فصل)

٤٢٢٥

وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو : إما أن يوقعه ، وهي في يد الأجير كالصبغ يصبغ في حانوته ، والخياط في دكانه ، فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ، ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغاً منه ، لأن المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد ، كالبيع من الطعام ، لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري . وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر ، مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ، ليخيط فيها ، أو يصبغ فيها ، فإنه يبرأ من العمل ، ويستحق أجره بمجرد عمله ، لأنه في يد المستأجر ، فيصير مسليماً للعمل حالاً خالاً .

ولو استأجر رجلاً يبنى له حائطاً في داره ، أو يحفر فيها بئراً لبريء من العمل ، واستحق أجره بمجرد عمله ، ولو كانت البئر في الصحراء ، أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ، ولو انهارت عقيب الحفر ، أو الحائط بعد بنائه ، وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل . نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، فإنه إذا قال : استعمل ألف لبنة في كذا ، وكذا ، فعمل ، ثم سقط ، فله السكراء ، وأما الأجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة ، سواء تلف ما عمله ، أو لم يتلف ، نص عليه أحمد ، فقال : إذا استأجره يوماً ، فعمل ، وسقط عند الليل ما عمل فله السكراء ، وذلك لأنه إنما يلزمه تسليم نفسه ، وعمل ما يستعمل فيه ، وقد وجد ذلك منه ، بخلاف الأجير المشترك ، ولو استأجر أجيراً ليبنى له حائطاً طوله عشرة أذرع ، فبنى بعضه ، فسقط ، لم يستحق شيئاً حتى يقممه ، سواء كان في ملك المستأجر ، أو في غيره ، لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ، ولم يوجد ، قال أحمد : إذا قيل له ارفع حائطاً كذا ، وكذا ذراعاً ، فعليه أن يوقيه ، فإن سقط فعليه التمام ، وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع ، فحفر منها خمسة ، وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئاً حتى يتم حفرها .

٤٢٢٦

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ، ولا أجر له فيما عمل فيها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه ، من غير تعدد منه ، ولا تفریط ، فروى عنه : لا يضمن ، نصّ عليه في رواية ابن منصور ، وهو قول طاوس ، وعطاء ، وأبي حنيفة ، وزفر ، وقول الشافعي ، وروى عن أحمد : إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه . وإن كان غرقاً ، أو عدواً غالباً ، فلا ضمان ، قال أحمد رحمه الله عليه ، في رواية أبي طالب : إذا جنت يده ، أو ضاع من بين متاعه ضمنه ، وإن كان عدواً ، أو غرقاً ، فلا ضمان ، ونحو هذا قال أبو يوسف ، والصحيح في المذهب الأول ، وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة ، لأنه يهتم ، ولهذا قال في الوديعة ، في رواية : إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله ، فأما غير ذلك فلا ضمان عليه ، لأن تخصيص التضمن بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ، ولأنه إذا لم يكن منه تفریط ، ولا عدوان ، فلا يجب عليه الضمان ، كما لو تلفت بأمر غالب ، وقال مالك ، وابن أبي ليلى ، يضمن بكل حال ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، من غير استحقاق ، فلزمه ضمانها ، كالمستعير .

ولنا : أنها عين مقبوضة بمقد الإجارة ، لم يتلفها بفعاله ، فلم يضمنها ، كالعين المستأجرة ، ولأنه قبضها بإذن مالئها ، لنفع يعود إليهما ، فلم يضمنها ، كالمضارب ، والشريك ، والمستأجر ، وكما لو تلفت بأمر غالب ، ويخالف العارية ، فإنه ينفرد بنفعها ، والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول ، فيخص محل النزاع بالقياس عليها .

إذا ثبت هذا : فإنه لا أجر له فيما عمل فيها ، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر ، فلم يستحق عوضه ، كالمبيع من الطعام ، إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه .

٤٢٢٧

(فصل)

وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر ، فتلف ضمنه ، لأنه لم يرهنه عنده ، ولا أذن له في إمساكه ، فلزمه الضمان ، كالفاصل .

٤٢٢٨

(فصل)

إذا أخطأ القصار ، فدفن الثوب إلى غير مالئها ، فعليه ضمانه لأنه قوته على مالئها . قال أحمد : يغرم القصار ، ولا يسع المدفوع إليه لبسه ، إذا علم أنه ليس ثوبه ، وعليه ردّه إلى القصار ، ويطالبه بثوبه ،

فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ، ولبسه ، ثم علم ردّه مقطوعاً ، وضمن أرش القطع ، وله مطالبة بشوبه ، وإن كان موجوداً ، وإن هلك عند القمّار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان :

إحداها : يضمنه لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه ، فضمنه ، كما لو علم .
والثانية : لا يضمنه ، لأنه لم يمكنه ردّه فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض .

(فصل)

٤٢٢٩

والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ، إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يُسكرون المِظْل . أو الخَليمة إلى مكة ، فيذهب من المكثري بِسَرَقٍ^(١) . أو بذهاب ، هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، فسكات أمانة ، كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة ، أو قبض الزوج امرأته الأمة .

ويخالف العارية ، فإنه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد ، أو ما إليه في رواية ابن منصور ، فقل له : إذا اكثري دابة ، أو استعار ، أو استودع ، فليس عليه أن يحمله ؟ فقال أحمد : من استعار شيئاً فعليه ردّه من حيث أخذه ، فأوجب الرد في العارية ، ولم يوجب في الإجارة ، والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان ، فلا يقتضي ردّه ، ومؤنته ، كالوديعة ، وفارق العارية ، فإن ضمانها يجب ، فكذلك ردّها .

وعلى هذا : متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة إن تلفت من غير تفريط ، فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم : يضمن ، لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها ، أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها .

ولنا أنها أمانة ، أشبهت الوديعة ، ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردّها ، وأما العارية فانها مضمونة في كلّ حال ، بخلاف مسألتنا ، ولأنه يجب ردّها ، وعلى كلّ حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه ، فإن امتنع من ردّها لغير عذر صارت مضمونة كالقصوبة .

(فصل)

٤٢٣٠

فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين ، فالشرط فاسد ، لأنه يناهض مقتضى العقد ، وهل تقصد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

(١) السرقة : بفتح السين والراء وسكونها ، وبفتح السين وكسر الراء هو السرقة ، والسرقة يجوز فيها أيضا فتح للسين والراء ، وفتح السين وكسر الراء .

وقال أحمد فيما إذا شرط ضمان العين : الكراء ، والضمان مكروه . وروى الأثرم بإسناده ، عن ابن عمر ، قال : لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة : أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، إلا أنه من شرط على كرى أنه لا يُنزل متاعه بطن وادٍ ، أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط ، فتعدى ذلك ، فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدى فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وإن شرطه لم يصح الشرط . لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير الشرط مضموناً ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه ، وعن أحمد أنه سئل عن ذلك ، فقال : المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ، ووجوبه بشرطه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » فأما إن أكره عينا ، وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل ، أو وقت القافلة ، أو لا يتأخر بها عن القافلة ، أو لا يجعل سيره في آخرها ، أو لا يسلك بها الطريق الفلانية ، وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ، ضمن ، لأنه متمتع بشرط كرى به فضمن ما تلف به ، كالأمر شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً ، فحمل اثنين .

(فصل)

٤٢٣١

وإن كانت الإجارة فاسدة لم يضمن العين أيضاً ، إذا تلفت بغير تفريط ، ولا تدمر ، لأنه عقد لا يقتضى الضمان صحيحه ، فلا يقتضية فاسده كالكفالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه ، فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ، وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده .

(فصل)

٤٢٣٢

وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، وبكبحها بالاجام للاستصلاح ؛ وبخشها على السير ليلحق القافلة ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نخس بمير جابر وضربه وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش^(١) بميره يمنحجه ، ولرايض ضرب الدابة للتأديب ، وترتيب المشى ، والعذو ، والسير ، وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب ، قال الأثرم : سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان ، قال : على قدر ذنوبهم ، ويتوقى بجهد الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ، ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف ، وبهذا في الدابة قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة ، يضمن ، لأنه تلف بجناية ، فضمنه ، كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي ، لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

ولنا أنه تلف من فعل مستحق ، فلم يضمن ، كالأمر تلف تحت الحبل ، ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة ، فإذا تلف منه لم يضمن ، كالركوب ، وفارق غير المستأجر ، لأنه متمتع ، وقول الشافعي : يمكن

(١) يخرش بيره : يندش ويخرجه جرحاً خفيفاً ، والمجن : الصا الموجه ، والرائض معلم الدابة المشى والجري .

التأديب بغير الضرب لا يصح ، فإن العادة خلافه ، ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب ، إذ فيه ضرر ، وإيلام مستغنى عنه ، وإن أسرف في هذا كآلة ، أو زاد على ما يحصل الفنى به ، أو ضرب من لا عقل له من الصبيان ، فعليه الضمان ، لأنه متعدٍ حصل التلف بعدوانه .

﴿ مسألة ﴾

٤٢٣٣

قال ﴿ ولا ضمان على حجام ولا ختّان ، ولا متطبّب إذا عُرِف منهم حِذْق الصنعة ، ولم تجنّ أيديهم ﴾ وجهته : أن هؤلاء إذا فعلوا ما أسروا به لم يضمنوا بشرطين :

أحدهما : أن يكونوا ذوى حِذْق في صناعتهم ، ولهم بها بصارة ، ومعرفة ، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحلّ له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرّماً ، فيضمن سِرّايته كالقطع ابتداءً .

الثاني : أن لا تجنّ أيديهم ، فيتجاوزوا ما ينبى أن يقطع ، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعاً مأذوناً فيه ، فلم يضمنوا سِرّايته ، كقطع الإمام يد السارق ، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله ، أشبه ما ذكرنا .

فأما إن كان حاذقاً ، وجنت يده ، مثل أن تجاوز قطع الختّان إلى الحَشَّة ، أو إلى بمضها أو قطع في غير محلّ القطع ، أو يقطع السلعة من إنسان ، فيتجاوزها ، أو يقطع بآلة كآلة يكثرُ ألمها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشبه هذا ضمن فيه كآلة ، لأنه إلتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد ، والخطأ فأشبه إلتلاف المال ، ولأن هذا فعل محرّم ، فيضمن سِرّايته ، كالقطع ابتداءً ، وكذلك الحكم في النزاع ، والقاطع في القصاص ، وقاطع يد السارق ، وهذا مذهب الشافعيّ ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً .

(فصل)

٤٢٣٤

وإن ختن صبياً بغير إذن وليه ، أو قطع سلعةً من إنسان بغير إذنه أو من صبيّ ، بغير إذن وليّة ، فسرت جنايته ضمن ، لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذنا له لم يضمن ، لأنه مأذون فيه شرعاً .

(فصل)

٤٢٣٥

ويجوز الاستئجار على الختّان ، والمداواة ، وقطع السلعة ، لا نعلم فيه خلافاً ، ولأنه فعل يحتاج إليه ، مأذون فيه شرعاً ، فجاز الاستئجار عليه ، كسائر الأفعال المباحة .

(فصل)

٤٢٣٦

ويجوز أن يستأجر حجاماً ليحجمه ، وأجره مباح ، وهذا اختيار أبي الخطاب . وهذا قول ابن عباس

قال : أنا آكله ، وبه قال عكرمة فوالقاسم ، وأبو جعفر ، ومحمد بن علي ، بن الحسين ، وربيعه ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وقال القاضي : لا يباح أجر الحجّام ، وذكر أن أحمد نصّ عليه في مواضع ، وقال : أعطى شيئاً من غير عقد ، ولا شرط ، فله أخذه ، وبصرفه في علف دوابّه ، وطعنة عبده ، ومؤنة صناعته ، ولا يحلّ له أكله ، ومن كره كسب الحجّام عثمان ، وأبو هريرة ، والحسن ، والنخعي ، وذلك . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » رواه مسلم ، وقال « أَطْعَمُهُ نَاضِجَكَ وَرَقِيقَكَ » .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : « احْتَجَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ وَلَوْ عَلَيْهِ حَرَامٌ لَمْ يَعْطِهِ » متفق عليه . وفي لفظ : لو علمه خبيثاً لم يُعطه ، ولأنها منفعة مباحة ، لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية ، فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، والخياطة ، ولأن الناس حاجة إليها . ولا نجد كل أحد متبرعاً بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالرضاع ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم في كسب الحجّام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحة كسبه ، إذ غير جائز أن يُطعم رقيقه ما يحرم أكله ، فإن الرقيق آدميون ، يحرم عليهم ما حرّم الله تعالى ، كما يحرم على الأحرار ، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه ، وتسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم ، فقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم النوم ، والبصل ، خبيثين مع إباحتهما .

وإنما كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك للحرّ تنزيهاً ، لدناءة هذه الصنعة ، وليس عن أحمد . نصّ في تحريم كسب الحجّام ، ولا الاستئجار عليها ، وإنما قال : نحن نعطيه كما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم . ونقول له : كما قال النبي صلى الله عليه وسلم ، لما سُئِلَ عن أكله نهاه ، وقال « اعْلِفْهُ النَّاضِجَ وَالرَّقِيقَ » وهذا معنى كلامه في جميع الروايات . وليس هذا صريحاً في تحريمه ، بل فيه دليل على إباحته . كما في قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وفعله ، على ما بينا ، وأن إعطاءه للحجّام دليل على إباحته ، إذ لا يعطيه ما يحرم عليه . وهو عليه السلام يعلم الناس ، وينهاهم عن الحرّات ، فكيف يعطيهم إيتاها ، ويمكّنهم منها ، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الإباحة ، فيتعيّن حمل نهيه عن أكلها على الكراهة ، دون التحريم . وكذلك قول الإمام أحمد ، فإنه لم يخرج عن قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وفعله ، وإنما قصد اتباعه صلى الله عليه وسلم ، وكذلك سائر من كرهه من الأئمة ، يتعيّن حمل كلامهم على هذا : ولا يكون في المسألة قائل بالتحريم .

وإذا ثبت هذا ، فإنه يكره للحرّ أكل كسب الحجّام ، ويكره تعلّم صنعة الحجّامة ، وإجارة نفسه لها ، لما فيها من الأضرار . ولأن فيها دناءة ، فذكره لدخول فيها ، كالكنسج . وعلى هذا يحمل قول الأئمة الذين

ذكرنا عنهم كراهتها ، جمعاً بين الأخبار الواردة فيها ، وتوفيقاً بين الأدلة الدالة عليها ، والله أعلم .

٤٢٣٧

(فصل)

فأما استئجار الحجام لغير الحجام ، وحلق الشعر ، وتقصيره ، والختان ، وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه ، فجائز ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « كَسْبُ الْحِجَامِ خَبِيثٌ » يعنى بالحِجَامَة ، كما نهى عن مَهْرِ الْبَغْيِ أى فى البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثاً ، بغير خلاف . وهذا النهى مخالف للقياس ، مختص بالحلل الذى ورد فيه . ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها ، ولا تحريم فيها ، فجازت الإجارة فيها ، وأخذ الأجر عليها ، كسائر المنافع المباحة .

٤٢٣٨

(فصل)

ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه ، لأنه عمل جائز ، ويمكن تسليمه ، ويحتاج أن يفدّر ذلك بالمدّة ، لأن العمل غير مضبوط ، فيقدّر به ، ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله : مرّة فى كلّ يوم ، أو مرتين ، فأما إن قدرها بالبرء ، فقال القاضى : لا يجوز ، لأنه غير معلوم .

وقال ابن أبى موسى : لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء ، والصحيح إن شاء الله . أن هذا يجوز ، لكن يكون جمالة لا إجارة . فإن الإجارة لا بدّ فيها من مدّة ، أو عمل معلوم ، فأما الجمالة فتجوز على عمل مجهول ، كردّ اللقطة ، والآبق ، وحديث أبى سعيد فى الرّقبة إنّما كان جمالة ، فيجوز ههنا مثله .

إذا ثبت هذا : فإن السكحل إن كان من العليل جاز . لأن آلات العمل تكون من المستأجر ، كاللبن فى البناء ، والطين ، والآجر ، ونحوها ، وإن شارطه على السكحل جاز .

وقال القاضى : يحتمل أن لا يجوز ، لأن الأعيان لا تملك بمقد الإجارة ، فلا يصح اشتراطه على العامل ، كلبن الحائط .

ولنا : أن العادة جارية . ويشقّ على العليل تحصيله . وقد يمجّز عنه بالسكّية ، فجاز ذلك ، كالصبغ من الصباغ ، واللبن فى الرّضاع ، والخبر ، والأفلام من الوراق . وما ذكرناه ينتقض بهذه الأصول ، وفارق لبن الحائط ، لأن العادة تحصيل المستأجر له . ولا يشقّ ذلك ، بخلاف مسألتنا ، وقال أصحاب مالك : يجوز أن يستأجره لبنى له حائطاً ، والآجر من عنده . لأنه اشترط ما تتمّ به الصنعة التى عقد عليها ، فإذا كان مباحاً معروفاً جاز . كما لو استأجره ليصبغ ثوباً ، والصبغ من عنده .

ولنا : أن عقد الإجارة عقد على المنفعة . فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين فىبيعة ، وفارق الصبغ . وما ذكرناه من الصورة التى جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية إليه ، لأن تحصيل الصبغ يشقّ على

صاحب الثوب ، وقد يسكون الصَّبغ لا يحصل إلا في حيثُ يحتاج إلى مؤنة كثيرة ، لا يحتاج إليها في صبغ هذا الثوب . فجاز لمسيس الحاجة إليه ، بخلاف مسألتنا .

(فصل)

٤٢٣٩

وإذا استأجره مدة ، فكحلّه فيها ، فلم تبرأ عينه استحقّ الأجر . وبه قال الجماعة ، وحكى عن مالك أنه لا يستحقّ أجراً حتى تبرأ عينه . ولم يحك ذلك أصحابه . وهو فاسد ، لأن المستأجر قد وفي العمل الذي وقع العقد عليه ، فوجب له الأجر . وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخياطة قميص ، فلم يمتّه فيه ، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة . لأنه قد تمذّر العمل . فأشبه ما لو حجز عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحقّ الكحلّ الأجر بمضى المدة ، كما لو استأجره يوماً للبناء ، فلم يستعمله فيه .

فأما إن شرطه على البرء ، فإنه يكون جمالة ، فلا يستحقّ شيئاً ، حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريباً ، أو بعيداً ، فإن برى بغير كحله ، أو تمذّر الكحلّ لموته ، أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل في الجمالة ، ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الكحلّ أو غير الجاعل فلا شيء له ، وإن فسخ الجاعل الجمالة بعد عمل الكحلّ فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحلّ فلا شيء له ، لأنها جمالة ، فثبت فيها ما ذكرناه .

(فصل)

٤٢٤٠

ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه ، والكلام فيه كالكلام في الكحلّ سواء . إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب ، لأن ذلك إتماماً جاز في الكحلّ على خلاف الأصل للحاجة إليه ، وجري العادة به . فلم يوجد ذلك المعنى ههنا . فثبت الحكم فيه على وفق الأصل ، والله أعلم .

(فصل)

٤٢٤١

ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ، لأنها منفعة مباحة ، مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كاللحمان . فإن أخطأ ، فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه ، لأنه من جنائته ، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة ، لأن قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يُجبر عليه ، لأن إتلاف جزء من الآدمي مجرم في الأصل . وإنما أبيع إذا صار بقاءه ضرراً ، وذلك مفوّض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحب الضرس أعلم بمضرته ، ومنفعته ، وقدر المدة .

(فصل)

٤٢٤٢

ومن استأجر على عمل وصوف في الذّنة ، كخياطة ، أو بناء أو قلع ضرس ، فبذلّ الأجير نفسه للعمل

فلم يكن المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك ، لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير ، فلم يستقر بدلها بالبدل ، كالإصداق ، لا يستقر ببذل المرأة نفسها ، ويُفارق حبس الدابة مدة الإجارة ، لأن المنافع تلتفت تحت يده ، بخلاف مسألتنا .

٤٢٤٣

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد ﴾

لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعي . وقد دلّ عليه قول الله تعالى مُخْبِرًا عَنْ شُعَيْبٍ : أَنَّهُ قَالَ (إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَمْكِكَ) إِحْدَى ابْنَتَي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ (وقد علم أن موسى عليه السلام إنما آجر نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت هذا : فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية ، ما لم يتعد ، ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي ، فإنه روى عنه أنه ضمن الراعي .

ولنا : أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعد ، كالمودع ، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة ، فأما ما تلف بتعديه ، فيضمنه بغير خلاف ، مثل أن ينام عن السائمة ، أو يفعل عنها ، أو يتركها تقباعد منه ، أو تغيب عن نظره ، وحفظه ، أو ضربها ضرباً يسرف فيه ، أو في غير موضع الضرب ، أو من غير حاجة إليه ، أو سلك بها موضعاً تضرّض فيه للثف ، وأشباه هذا ، مما يمدّ تقربطاً ، وتعدياً ، فتتلف به ، فعليه ضمانها ، لأنها تلفت بمودعها ، فضمنها ، كالمودع إذا تعدّى ، وإن اختلفا في التمدي وعدمه ، فالقول قول الراعي ، لأنه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رجوع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة ، وقال : ماتت ، قبل قوله ، ولم يضمن ، وعن أحمد أنه يضمن ، ولا يقبل قوله ، والصحيح الأول ، لأن الأمانة تقبل أقوالهم ، كالمودع ، ولأنه يتعدّر عليه إقامة البيّنة في الغالب ، فأشبه المودع . كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجدها .

٤٢٤٤

(فصل)

ولا يصحّ العقد في الرعي إلا على مدة معلومة ، لأن العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة ، وعلى جنس في الدمة ، فإن عقد على ماشية معينة ، فذكر أصحابنا : أنه يتعلق بأعيانها ، كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه ، فلا يجوز إبداله ، ويبطل العقد بتلفها ، وإن تلف بعضها بطل عقد الإجارة فيه ، وله أجر ما بقي منها بالحصّة ، وإن ولدت سخالاً ، لم يكن عليه رعيها ، لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها ، لأنها ليست المعقود عليها ، وإنما يستوفى المنفعة بها ، فأشبه مالو استأجر ظهراً لركبه ، جاز ، أن يركب غيره مكانه .

ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها

ما هو مثلها في الضرر أو أدنى منها ، وإتّما للمعقود عليه منفعة الراعي ، ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه ، وإن لم يرع ، ويُفارق الثوب في الخياطة ، لأن الثياب في مظنة الاختلاف ، في سهولة خياطتها ، ومشقتها بخلاف الرعي .

فعلى هذا : له إبدالها بمثلها ، وإن تلف بعضها لم يفسخ العقد فيه ، وكان له إبداله ، وإن وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بدّ من ذكر جنس الحيوان ، ولونه ، إبلًا ، أو بقراً ، أو غنماً ، أو ضأنًا ، أو مِعْزاً ، وإن أطلق ذكر البقر ، والإبل ، لم يتناول الجواميس ، والبخانيّ ، لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً ، وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها ، كالغنم ، لأن كل نوع له أثر في أعقاب الراعي ، وبذكر الكبر ، والصفر ، فيقول كباراً ، أو سيخلاً ، أو عجاجيل ، أو فضلاً ، إلا أن يكون ثمّ قرينة ، أو عرف صارف إلى بعضها ، فيفنى عن الذكر .

وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها ، لا من سيخالها ، ولا من غيرها ، وإن أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يحز ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ ، وقال القاضي : يصحّ ، ويحمل على ما جرت به العادة ، كالمائة من الغنم ، ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ ، والأول أصحّ ، لأن العادة في ذلك تختلف وتباين كثيراً ، إذ العمل يختلف باختلافه .

(فصل فيما تجوز إجارته)

٤٢٤٥

تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالأرض ، والدار ، والمعد ، والبهيمة ، والثياب ، والفساطيط ، والحبال ، والحيام ، والحامل ، والسرّج ، والنجار ، والسيّف ، والرمح ، وأشباه ذلك ، وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه ، وتجوز إجارة الحليّ ، نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله ، وبهذا قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وروى عن أحمد أنه قال في إجارة الحليّ : ما أدرى ما هو ؟ قال القاضي : هو محمول على إجارته بأجرة من جنسه ، فأما بغير جنسه فلا بأس به ، لتصريح أحمد بجوازه ، وقال مالك في إجارة الحليّ ، والثياب : ما هو من المشتبهات ، ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد الأصلية ، ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتجّ له ، بأنها تحتك بالاستعمال ، فيذهب منها أجزاء ، وإن كانت يسيرة فيحصل الأجر في مقابلتها ، ومقابلة الانتفاع بها ، فينضى إلى بيع ذهب بذهب ، وشيء آخر ، ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها ، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية ، فإن الله تعالى امتنّ بها علينا بقوله تعالى (لِيَرَّكِبُوهَا وَزِينَةً) وقال تعالى (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ) وأباح الله تعالى من التحلّي ، واللباس للنساء ما حرّمه على الرجال ، لحاجتهنّ إلى التزيّن الأزواج ، وأسقط الزكاة عن حليهنّ .

معمونة لمن على اقتنائه ، وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح ، لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ، ولا يسكاد يظهر في وزن ، ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع ، لا في مقابلة الأجزاء ، لأن الأجر في الإجارة إنما هو عوض المنفعة ، كما في سائر المواضع ، ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقيدين بالآخر ، لإفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض ، والله أعلم .

(فصل)

٤٢٤٦

وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها ، لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ، ولذلك لا تضمن منفعتها بنفسها ، فأشبهت الشمع .

ولنا : أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة ، فأشبهت الحلي ، وفارق الشمع ، فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه . إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له ، وعينه فحسن ، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب : تصح الإجارة ، وينتفع بها فيما شاء منهما ، لأن منفعتيها في الإجارة متميزة في التحلي ، والوزن ، وهما متقاربان ، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما ، كاستئجار الدار مطلقاً ، فإنه يتناول السكنى ، ووضع المتاع فيها ، وقال القاضي : لا تصح الإجارة ، وتكون قرضاً ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، لأن الإجارة تقتضي الانتفاع ، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير ، إنما هو بأعيانها ، فإذا أطلق الانتفاع حُل على الانتفاع المعتاد .

وقال أصحاب الشافعي : لا تصح الإجارة ، فلا تكون قرضاً ، لأن التحلي ينقصها ، والوزن لا ينقصها ، فقد اختلفت جهة الانتفاع ، فلم يحز إطلاقها ، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض ، لأن القرض تأميك للغير ، والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين ، فلم يحز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ : نقلاً ، ولم يُعمد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض ، وقول أبي الخطاب أصح إن شاء الله ، لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده ، وقد أمكن حمله على إجارتها ، للجهة التي تجوز إجارتها فيها ، وقول القاضي لا يصح ، لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعاً مع بقاء العين ، فلا تحمل على غير ذلك ، وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد ، فإن ذلك يسير ، لا أثر له ، فوجوده كعدمه .

(فصل)

٤٢٤٧

ويجوز أن يستأجر شجراً ونخلاً ليَجفَّ عليها الثياب ، أو يبسطها عليها ليستظلَّ بظلتها ، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان ، لما ذكروه في الأمان .

ولنا : أنها لو كانت مقطوعة لجاز استنجارها لذلك ، فكذلك إذا كانت ثابتة ، وذلك لأن الانتفاع يحصلهما على السواء في الحالتين ، فما جاز في إحداها يجوز في الأخرى ، ولأها شجرة فجاز استنجارها لذلك ، كالمقطوعة ، ولأنها منفعة مقصودة ، يمكن استيفاؤها مع بقاء العين ، فجاز المقد عليها ، كما لو كانت مقطوعة ، ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها ، فجاز استنجارها لها ، كالجلال ، والخشب ، والشجر المقطوع .

(فصل)

٤٢٤٨

ويجوز استنجار غنم لتدوس له طيناً ، أو زرعاً ، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان ، لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان ، فأشبهت النحل .

ولنا : أنها منفعة مباحة ، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها ، فأشبهت استنجار البقر لدباس الزرع .

(فصل)

٤٢٤٩

ويجوز استنجار ما يبقى من الطيب ، والصندل ، وأقطع الكافور ، والذند لشمه المرضى ، وغيرهم مدة ، ثم يردّه ، لأنها منفعة مباحة ، فأشبهت الوزن ، والنخل ، مع أنه لا ينفك من إخلاقٍ (١) وبلي .

(فصل)

٤٢٥٠

وتجوز إجارة الخائط ليضع عليها خشباً معلوماً ، مدة معلومة ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ولنا : أن هذه منفعة مقصودة مقدورة على تسليمها ، واستيفائها ، فجاز عقد الإجارة عليها ، كاستنجار السطح للنوم عليه .

(فصل)

٤٢٥١

ويجوز استنجار دار يتخذها مسجداً يُصلى فيه ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يصح . لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال ، فلا تجوز الإجارة لذلك .

ولنا : أن هذه منفعة مباحة ، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها ، فجاز استنجار العين لها ، كالكسكى ، ويفارق الصلاة ، فإنها لا تدخلها النيابة ، بخلاف بناء المساجد .

(فصل)

٤٢٥٢

وذكر ابن عقيل أنه يجوز استنجار البئر ليستقى منها أياماً معلومة ، لأن هواء البئر ، وعقمها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه ، وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الإباحة ، والله الموفق .

٤٢٥٣

(فصل)

ويجوز استئجار الفهد ، والبازي ، والصقر للصيد ، في مدة معلومة ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، تجوز إعارته له ، تجاوزت إجارته له ، كاللابة ، وتجوز إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها ، والنسخ منها ، لما ذكرناه ، وتجوز إجارة درج فيه خط حسن ، يكتب عليه ، ويتمثل منه لذلك .

٤٢٥٤

(فصل وما لا تجوز إجارته أقسام)

أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالطعوم ، والمشروب ، والشمع ليشعله ، لأن الإجارة عقد على المنافع ، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها ، فإن استأجر شمعة يسرجها ، ويرد بقيتها ، ونمن ما ذهب ، وأجر الباقي كان فاسداً ، لأنه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول ، وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان ، ولو استأجر شمعة ليتجمل به ، ويرده من غير أن يشغل منه شيئاً لم يجز ، لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع ، فبذل المال فيه سفه ، وأخذه أكل مال بالباطل ، فلم يجز ، كما لو استأجر خبزاً لينظر إليه ، وكذلك لو استأجر طعاماً ليتجمل به ، على مائته ، ثم يرده لم يجز ، لما ذكرناه ، وهكذا سائر الأشياء ، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الربا حين ، كالورد ، والبنفسج ، والريحان الفارسي ، وأشباهه ، لشتمها ، لأنها تلتف عن قرب ، فأشبهت المظومات ، ولا يجوز استئجار الفم ، ولا الإبل ، والبقر ، ليأخذ لبنها ، ولا ليسترضعها السخلة^(١) ، ونحوها ، ولا استئجارها ليأخذ صوفها ، ولا شعرها . ولا وبرها ، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها ، أو شيئاً من عينها .

٤٢٥٥

(فصل)

ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وخرج أبو الخطاب وجهاً في جوازه ، لأنه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه ، فجاز ، كإجارة الظئر للرضاع ، والبئر ليستقى منها الماء ، ولأنها منفعة تستباح بالإعارة ، فتسباح بالإجارة ، كسائر المنافع ، وهذا مذهب الحسن ، وابن سيرين .

ولنا : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عَسَبِ الْفَحْلِ » متفق عليه ، وفي لفظ « نهى عن ضرب اب الجمل » ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة ، فلم يجز ، كإجارة الفم لأخذ لبنها ، وهذا أولى ، فإن هذا الماء محرم ، لا قيمة له ، فلم يجز أخذ العوض عنه ، كمايته ، والدّم وهو مجهول ، فأشبه اللبن في الضرع ، فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ، ويقدر بجرة ، أو مرتين ، أو أكثر ، وقيل يقع العقد على مدة ، وهذا بعيد ، لأن من أراد إطراق فرسه

(١) السخلة ولد الشاة أيا كان ، وفي نسخ المغنى (السخالة) بدل السخلة وهو تصحيف .

مرة فقدّره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به ، وإن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ، ويتمدّر أيضاً ضبط مقدار الفعل ، فيتمتعين التقدير بالفعل ، إلا أن يكثرى خلافاً لإطراق ماشية كثيرة ، كفعل يتركه في إبله ، أو تيس في غنمه ، فإنّ هذا إنما يكثرى مدة معلومة ، والمذهب أنه لا يجوز إجارته ، فإن احتاج إنسان إلى ذلك ، ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء ، وليس للطريق أخذه ، قال عطاء : لا يأخذ عليه شيئاً ، ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة ، تدعو الحاجة إليها ، فجاز ، كسراء الأسير ، ورشوة الظالم ليدفع ظلمته ، وإن أطرق إنسان فله بغير إجارة ، ولا شرط ، فأهديت له هدية ، أو أكرم بكرامة لذلك ، فلا بأس به ، لأنه فعل معروف ، فجازت مجازاته عليه ، كما لو أهدى هدية .

(فصل)

٤٢٥٦

القسم الثاني : ما منفعة محرّمة ، كالزنا ، والزمر ، والنوح ، والغناء ، فلا يجوز الاستئجار لفعله ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وصاحبه ، وأبو ثور ، وكره ذلك الشعبي ، والنخعي ، لأنه محرّم ، فلم يحز الاستئجار عليه ، كإجارة أمته للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحاً ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا : أنه انتفاع بمحرّم ، فأشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرّم ولا بدعة ، ولا شيء محرّم لذلك . ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ، ولا على حمل خنزير ، ولا ميتة ، لذلك ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، لأن العمل لا يتمّ عليه ، بدليل أنه لو حمله مثله جاز ، ولأنه لو قصد إراقته ، أو طرح الميتة جاز .

وقد روى عن أحمد فيمن حمل خنزيراً ، أو ميتة ، أو خمرًا لنصراني : أكرهه أكل كرائه ، وإن كان يُقضى للحمل بالكراء ، فإذا كان لمسلم فهو أشدّ . قال القاضي : هذا محمول على أنه استأجره ليُربقها ، فأما للشرب فمحذور^(١) ، لا يحل أخذ الأجرة عليه ، وهذا التأويل بعيد ، لقوله : أكرهه أكل كرائه ، وإذا كان لمسلم فهو أشدّ ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية ، لأنه استئجار لفعل محرّم ، فلم يصح ، كالزنا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن حاملها ، والمحمولة إليه . وقوله : لا يتمّ ، يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لإراقته ، والميتة لطرحها ، والاستئجار للكنف ، فجائز ، لأن ذلك كله مباح ، وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم أبا ظبية لحججه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور ، في الرجل يؤجر نفسه لِنظارة كرمٍ لنصراني : يكره ذلك ، لأن الأصل في ذلك راجع إلى الخمر .

(١) المحذور : المنوع ، وفي نسخ المغني (فمحذور) بالذال بدل الظاء ، وهو تصحيف .

٤٢٥٧

(فصل)

وبكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكُف ، وبكره له أكل أجره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كَسْبُ الْحِجَامِ خَبِيثٌ » ونهى الحر عن أكله ، فهذا أولى ، وقد روى عن ابن عباس : أن رجلاً حج ، ثم أتاه فقال : إني رجل أكئس ، فما ترى في مكسي ؟ قال : أي شيء تسكنس ؟ قال : الذرّة ، قال : ومنه حججت ؟ ومنه تزوجت ؟ قال نعم ، قال : أنت خبيث ، وحجك خبيث ، وما تزوجت خبيث ، أو نحو هذا ، ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ، ولأن فيه دناءة ، فسكّره ، كالحجامة ، فأما الإجارة في الجملة ، فحائزة ، لأن الحاجة داعية إليها ، فلا تندفع بدن إباحة الإجارة ، فوجب إباحتها ، كالحجامة .

٤٢٥٨

(فصل)

ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة ، أو بيعة ، أو يتخذها لبيع الخمر ، أو القمار ، وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة : إن كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك ، وخالفه أصحابه ، واختلف أصحابه في تأويل قوله .

ولنا : أنه فعل محرم ، فلم تجز الإجارة عليه ، كإجارة عبده للفجور ، ولو أكرى ذمي من مسلم داره ، فأرار بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منه ، وبذلك قال الثوري ، وقال أصحاب الرأي : إن كان بيته في السواد ، والجبل ، فله أن يفعل ما شاء .

ولنا : أنه فعل محرم جاز المنع منه في المصر ، فجاز في السواد ، كقتل النفس المحرمة .

٤٢٥٩

(فصل)

القسم الثالث : ما يحرم بيعه إلا الحر ، والوقف ، وأم الولد ، والمدر ، فإنه يجوز إيجارته ، وإن حرم بيعه ، وما عدا ذلك فلا تجوز إيجارته ، سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق^(١) والجمل الناذ ، والبهيمة الشاردة^(٢) ، والمغصوب من غير غاصبه ، أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه ، فإنه لا تجوز إيجارته . لأنه لا يمكن تسليم العقود عليه ، وإن كان مما تجهل صفته ، فإنه لا تجوز إيجارته في ظاهر المذهب ، أو كان ممن لا نفع فيه ، كسباع البهائم ، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد ، ولا تجوز إجارة الكلب ، ولا الخنزير بحال ، ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، تجوز إيجارته له ، فجازت إيجارته له كغيره ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولا تجوز إجارة مالا يقدر على تسليم منفعة ، سواء

(١) الآبق : الهارب ، والناذر ، والناذر الشارد مثل الهارب .

(٢) البهيمة الشاردة : النافرة من صاحبها الهائمة على وجهها .

جاز بيعه ، أو لم يجز ، مثل أن يفتب مرفقة ، بأن يدعى إنسان أن هذه الدار في إجارته عاماً ، ويفلب صاحبها عليها ، فإنه لا تجوز إجاتها ، في هذا الام إلا من غاصها أو بمن يقدر على أخذها منه ، قال أصحابنا : ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معاً ، وهنا قول أبي حنيفة ، وزفر ، لأنه لا يقدر على تسليمه ، فلم تصح إجارته ، كالمفصوب ، وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار أبو حفص المصنف جواز ذلك ، وقد أومأ إليه أحمد ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ، لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالمفروز ، ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه ، فجاز مع غيره ، كالبيع ، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً ، فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً ، كالبيع ، ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه ، بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر ، فأشبهه إجارة المفصوب من غاصبه ، دون غيره .

وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح ، لأنه يمكنه تسليمه ، ثم إن أجر نصفها الآخر المستأجر الأول صح ، فإنه يمكنه تسليمه إليه ، وإن أجره غيره ففيه وجهان ، بناء على المسألة التي قبلها ، لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه ، وإن أجر الدار لثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك ، لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه .

(فصل)

٤٢٦٠

وفي إجارة المصحف وجهان :

(أحدهما) لا تصح إجارته مبيعاً على أنه لا يصح بيعه ، وعلة ذلك إجلال كلام الله ، وكتابه عن المعاوضة به ، وابتداله بالثمن ، في البيع ، والأجر في الإجارة .

(والثاني) تجوز إجارته ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه انتفاع مباح ، تجوز الإعارة من أجله ، فجازت فيه الإجارة ، كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها ، فتجوز إجاتها . ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجاتها ، لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك ، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفاً لينظر إلى عمله ، وتصاويره ، أو شمعاً ليتجمل به .

ولنا : أنه انتفاع مباح ، يحتاج إليه ، وتجوز الإعارة له ، فجازت إجارته ، كسائر المنافع ، وفارق النظر إلى السفف ، فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت المادة بالإعارة من أجله ، وفي مسائلتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب ، والتحفظ منها ، والنسخ ، والسمع منها ، والرواية ، وغير ذلك ، من الأنواع المقصودة المحتاج إليه .

٤٢٦١

(فصل)

ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم ، فقال : إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز ، وإن كان في عمل شيء جاز ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : تجوز ، لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة ، فجاز فيها ، كإجارته من المسلم .

ولنا : أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر ، وإذلاله له ، واستخدامه ، أشبه البيع ، يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتمين فيه حبسه مدة الإجارة ، واستخدامه ، والبيع لا يتمين فيه ذلك ، فإذا منع منه ، فلأن يمنع من الإجارة أولى ، فأما إن أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة ، كخياطة ثوب ، وقصّارته جاز ، بغير خلاف نعلمه ، لأن علياً رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقى له كل دلو بتمرّة ، وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ، فلم ينكره ، وكذلك الأنصاري ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ، ولا استخدام ، أشبه مبايعته ، وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد ، لقوله في رواية الأثرم : وإن كان في عمل شيء جاز .

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي ، وهذا مطلق في نوعي الإجارة ، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك ، وأشار إلى ما رواه الأثرم ، واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم ، أشبه البيع ، والصحيح ما ذكرنا ، وكلام أحمد إنما يدل على خلاف ما قاله ، فإنه خص المنع بالإجارة للخدمة ، وأجاز إجارته للعمل ، وهذا إجارة للعمل ، وبفارق البيع ، فإن فيه إثبات الملك على المسلم ، وبفارق إجارته للخدمة ، لتضمنها الإذلال .

٤٢٦٢

(فصل)

نقل إبراهيم الحربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك بوقظه لوقت الصلاة لا يجوز ، وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ، ولا غيره ، وقد يصيح ، وقد لا يصيح ، وربما صاح بعد الوقت .

٤٢٦٣

(فصل)

القسم الرابع : القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القرية ، يعني أنه يشترط كونه مسلماً ، كالإمامة ، والأذان ، والخطب ، وتعليم القرآن ، نص عليه أحمد ، وبه قال عطاء ، والضحاك بن قيس ، وأبو حنيفة ، والزهرى ، وكره الزهرى ، وإسحاق تعليم القرآن بأجر .

وقال عبد الله بن شقيق : هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السُّنُحْتِ ، ومَن كره أجره التعليم مع

الشرط الحسن ، وابن سيرين ، وطائوس ، والشعبي ، والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى . يجوز ذلك حكاه أبو الخطاب .

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحب إلى من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ، ومن أن يستدين ويتجبر لعله لا يقدر على الوفاء ، فيلقى الله تعالى بأمات الناس ، التعليم أحب إلى ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكرهية ، لا للتحريم . ومن أجاز ذلك مالك ، والشافعي ، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً بما معه من القرآن ، متفق عليه ، وإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في باب النكاح ، وقام مقام المهر ، جاز أخذ الأجرة عليه في الإجارة ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » حديث صحيح ، وثبت أن أبا سعيد رقى رجلاً بقائمة الكتاب على جعل ، فبرأ ، وأخذ أصحابه الجعل ، فأتوا به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخبروه ، وسألوه فقال « لَعَمْرِي لِمَنْ أَكُلَ بِرُقِيَّةٍ بَاطِلٍ لَقَدْ أَكَلَتْ بِرُقِيَّةٌ حَقَّ ، كُلُوا ، واضربوا لي معكم بسهم » وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الأجر ، لأنه في معناه ، ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، فجاز أخذ الأجر عليه ، كبناء المساجد ، والقناطر ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه يحتاج إلى الاستئابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ، ولا يكاد يوجد متبرع بذلك ، فيحتاج إلى بذل الأجر فيه .

ووجه الرواية الأولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال « إِنْ آخِرَ مَا عَمِدَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ اتَّخَذَ مَوْذَنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا » قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وروى عبادة ابن الصامت . قال : علمتُ ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة ، فأهدى إلى رجل منهم قوساً ، قال : قالت : قوس ، وليست بمال ، قال : قلت : أتقلدها في سبيل الله ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، وقصصت عليه القصة ، قال : « إِنْ سَرَّكَ أَنْ يُقَلِّدَكَ اللَّهُ قَوْسًا مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا » وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن ، فأهدى إليه خيصة^(١) ، أو ثوباً ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « لَوْ أَنَّكَ ابْتِغَيْتَهَا ، أَوْ أَخَذْتَهَا أَلْبَسَكَ اللَّهُ مَكَاثِبَهَا ثَوْبًا مِنْ نَارٍ » وعن أبي قال : كنت أختاف إلى رجل مسن ، قد أصابته علة ، قد احتبس في بيته ، أقرئه القرآن ، فسكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له : هلمّي بطعام أخي ، فيؤتي بطعام لا آكل مثله بالمدينة ، فخاك في نفسي منه شيء ، فذكرته للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « إِنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّعَامُ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ فَكُلْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ يُتَجَنَّبُكَ

(١) الخيصة : كساء أسود مربع له علمان أي خطان مخالفان لجميع لونه .

بِهِ فَلَا تَأْكُلُهُ» وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصارى ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أَقْرَبُ الْقُرْآنَ وَلَا تَسْأَلُوا فِيهِ ، وَلَا تَجْعَلُوا عَنْهُ ، وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلَا تَسْتَكْثِرُوا بِهِ » روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه ، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى ، فلم يحز أخذ الأجر عليها ، كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة ، أو التراويح ، فأما الأخذ على الرقبة ، فإن أحمد اخفأ جوازه ، وقال : لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد .

والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقبة نوع مداواة ، والمأخوذ عليها جعل ، والمداواة يُباح أخذ الأجر عليها ، والجمالة أوسع من الإجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل ، والمدة ، وقوله عليه السلام « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » يعنى به الجعل أيضاً في الرقبة ، لأنه ذكر ذلك أيضاً في سياق خبر الرقبة ، وأما جعل التعليم صدقاً ففيه اختلاف ، وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صدق ، وإنما قال « زَوَّجْتُكُمْ عَلَى مَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ » فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صدق إما كراماً له ، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ، ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بموضع محض ، وإنما وجب نخلة ، ووُصلة ، ولهذا جاز خلوه العقد عن تسميته ، وصح مع فساده ، بخلاف الأجر في غيره .

فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يعمد نفعه من هذه الأمور ، لأن بيت المال لمصالح المسلمين ، فإذا كان بذله لمن يعمد نفعه إلى المسلمين محتاجاً إليه ، كان من المصالح ، وكان للأخذ له أخذه ، لأنه من أهله ، وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح ، بخلاف الأجر .

(فصل)

٤٣٦٤

فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه ، وقال فيما نقل عنه أبوب بن سافرى لا يطلب ولا يشارط ، فإن أعطى شيئاً أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلم إذا شرط ، وقال : إذا كان المعلم لا يشارط ، ولا يطلب من أحد شيئاً ، إن أتاه شيء قبله ، كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم ، لما تقدم من حديث القوس ، والخميسة اللتين أعطيهما أبى وعبادة من غير شرط ، ولأن ذلك قربة ، فلم يحز أخذ العوض عنها ، لا بشرط ، ولا بغيره كالصلاة والصيام ، ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم « مَا أَتَاكَ مِنْ هَذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، وَلَا إِشْرَافِ نَفْسٍ تَحْذَرُهُ ، وَتَمَوَّلُهُ ، فَإِنَّهُ رِزْقُ سَاقَةِ اللَّهِ إِلَيْكَ » وقد أرخص النبي صلى الله عليه وسلم لأبى في أكل طعام الذي كان يعلمه ، إذا كان طعامه ، وطعام أهله ، ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبة مجردة ، فجاز ، كما لو لم يعلمه شيئاً فأما حديث القوس ، والخميسة ، فتضيضان في عين ، فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك لله خالصاً ، فكره أخذ العوض عنه ، من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك .

وإن أعطى المعلم أجراً على تعليم الصبي الخط ، وحفظه ، جاز نص عليه أحمد ، فقال : إن كان المعطى بنوى أن يعطيه لحفظ الصبي ، وتعليمه ، فأرجو إذا كان كذا ، ولأن هذا مما يجوز أخذ الأجر عليه مفرداً ، فجاز مع غيره ، كسائر ما يجوز الاستئجار عليه . وهكذا لو كان إمام المسجد قِيماً له يُسْرَج قنابله ، ويكُنَّسه ، ويُفلق بابه ، ويفتحه ، فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحجّ بخدم المسقيف له في طريق الحجّ ، ويشدّ له ، ويرفع حمله ، ويحجّ عن أبيه ، فدفع له أجراً لخدمته . لم يمتنع ذلك ، إن شاء الله تعالى .

(فصل)

٤٢٦٥

ومالا يختصّ فاعله أن يكون من أهل القرية ، كتعليم الخط ، والحساب ، والشعر المباح ، وأشباهه ، وبناء المساجد ، والقناطر ، جاز أخذ الأجر عليه . لأنه يقع تارة قُرْبَةً ، وتارة غير قُرْبَةٍ ، فلم يمنع من الاستئجار لفعله ، كغرس الأشجار ، وبناء البيوت . وكذلك في تعليم الفقه ، والحديث ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة ، كالصيام ، وصلاة الإنسان لنفسه ، وحجّه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه ، فلا يجوز أخذ الأجر عليها ، بغير خلاف . لأن الأجر عوض الانتفاع ، ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع ، فاشبهه إجارة الأعيان التي لانفع فيها .

(فصل)

٤٢٦٦

إذا اختلفا في قدر الأجر فقال : أجر ثلثيها سنةً بدينار ، قال : بل بدينارين ، تحالفا ، ويبدأ بيمين الأجر^(١) . نصّ عليه أحمد ، وهو قول الشافعي . لأن الإجارة نوع من البيع .

فإذا تحالفا قبل مضيّ شيء من المدة فسخا العقد ، ورجع كل واحد منهما في ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قرّ العقد . وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط السمي ، ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه ، وهذا قول الشافعي ، وبه قال أبو حنيفة ، إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه ، وبين أجر مثله . وقال أبو ثور : القول قول المستأجر . لأنه منكر الزيادة في الأجر ، والقول قول المنكر .

ولنا : أن الإجارة نوع من البيع ، فيتحالفاً عند اختلافهما في عوضها ، كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موسى : القول قول المالك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلفَ الْمُتَبَايعَانِ فَاَلْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ » وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا في المدة . وأما إذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفاً لما ذكرناه .

٤٢٦٧

(فصل)

وإن اختلفا في المدة فقال : أجر تسكها سنةً بدينار ، قال : بل سنتين بدينارين ، فالقول قول المالك . لأنه منكر للزيادة ، فكان القول قوله فيما أنكره ، كما لو قال : بعثك هذا العبد بمائة ، قال : بل هذين العبدين ، وإن قال : أجر تسكها سنةً بدينار ، قال : بل سنتين بدينار ، فهنا قد اختلفا في قدر العوض ، والمدة جميعاً فيتحالفان . لأنه لم يوجد الاتفاق بينهما على مدةً بعوض ، فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة .

وإن قال المالك : أجر تسكها سنةً بدينار ، فقال الساكن : بل استأجرتني على حفظها بدينار ، فقال أحد : القول قول رب الدار . إلا أن تكون للساكن بيعة ، وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن ، واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها ، والقول قوله في ملكه ، والأصل عدم استئجار الساكن في الحفظ ، فكان القول قول من ينفيه .

٤٢٦٨

(فصل)

وإن اختلفا في التمدى في العين المستأجرة ، فالقول قول المستأجر . لأنه مؤتمن عليها ، فأشبه المودع ، ولأن الأصل عدم العدوان ، والبراءة من الضمان . وإن ادعى أن العبد أبق من يده وأن الدابة شردت^(١) أو نفقت ، وأنكر المؤجر فمن أحدر روايتان .

إحداها : أن القول قول المستأجر ، لما ذكرنا . ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الإنتفاع .

والثانية : القول قول المؤجر . لأن الأصل السلامة . فإما إن ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا : فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك ، سواء وافقه العبد أو خالفه . نص عليه أحمد . وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستأجر ، وهذا قول أبي حنيفة . لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل ، وليس معه دليل عليه ، وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقيناً ، فكان القول قوله في مدة المرض ، لأنه أعلم بذلك ، لكونه في يده ، وكذلك إن ادعى إباقه في حال إباقه ، أو جاء به غير آبق .

ونقل إسحاق بن منصور : عن أحمد : أنه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه ، وبه ، قال الثوري ، وإسحاق ، قال أبو بكر : وبالأول أقول ، لأنهما سواء في تقويت منفعته ، فكأنما سواء في دعوى ذلك . وإن هلكت العين ، فاختلغا في وقت هلاكها ، أو أبق العبد ، أو مرض ، فاختلغا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر ، لأن الأصل عدم العمل ، ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به .

(١) شردت : نفرت وهربت ، ونفقت : يعني ماتت .

٤٢٦٩

(فصل —)

إذا دفع ثوبه إلى خياط ، أو قصّار ، ليخيطه ، أو يقصّره ، من غير عقد ، ولا شرط ، ولا تعريض بأجر ، مثل أن يقول : خذ هذا ، فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ، وكان الخياط والقصّار منتصبين لذلك ، ففعل ذلك ، فلهما الأجر ، وقال أصحاب الشافعي : لا أجر لهما ، لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جُبل لهما ، فأشبه ما لو تبرّعا بعمله .

ولنا : أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول ، فصار كنفذ البلد ، وكما لو دخل حماماً ، أو جلس في سفينة مع ملاح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه ، فصار كالتمريض ، فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً ، إلا بعقد ، أو شرط العوض ، أو تفويض به ، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرّع به ، أو عمله بغير إذن مالكه ، ولو دفع ثوباً إلى رجل ليبيعه ، فالحكم فيه كالحكم في القصّار ، والخياط : إن كان منتصباً يبيع للناس بأجر ، فله أجر مثله . نص عليه أحمد ، وإن لم يكن كذلك فلا شيء له ، لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ، ولم يقاطعه على أجر ، فله أجر المثل ، لأن الثياب تختلف أجرتها ، ولم يعين شيئاً ، فجرى مجرى الإجارة الفاسدة ، فإن تلف الثوب من حرزه ، أو بغير فعله ، فلا ضمان عليه ، لأن ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في فاسده ، وإن تلف من فعله بتخريقه ، أو دقّه ضمنه . لأنه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح ففي الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوباً إلى قصّار ليقصّره ، ولم يقطع له أجراً بل قال : أنا أعطيك كما تُعطى ، وهلك الثوب . فإن كان بمخرق ، أو نحوه مما لا تجنيه يده ، فلا ضمان عليه ، بين الكراء ، أو لم يبين ، والعملة في ذلك ما ذكرناه .

(فصل —)

٤٢٧٠

إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة ، أو غيرها إلى صاحب له ، فحمله ، فوجد صاحبه غائباً ، فردّه استحق الأجر يحمله في الذهاب ، والردّ ، لأنه حمله في الذهاب بإذن صاحبه صريحاً ، وفي الردّ تضميناً ، لأن تقدير كلامه : وإن لم تجد صاحبه فردّه ، إذ ليس سوى ردّه إلا تضمينه . فقد علم أنه لا يرضى تضمينه ، فتمت ردّه ، والله أعلم .

كتاب إحياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة ، تسمى مَيْتَةً ، ومواتاً ، ومَوْتَانًا بفتح الميم ، والواو ، والموتان بضم الميم وسكون الواو الموتُ الدريع ، ورجل مَوْتَانُ القلب بفتح الميم وسكون الواو بمعنى أعمى القلب ، لا يفهم ، والأصل في إحياء الأرض ما رَوَى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » قال الترمذى : هذا حديث حسن ، صحيح ، وروى سعيد بن زيد : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » قال الترمذى : هذا حديث حسن . وروى مالك في مَوْطِئِهِ ، وأبو داود في سننه ، عن عائشة مثله ، قال ابن عبد البر : وهو مسند صحيح ، متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة ، وغيرهم ، وروى أبو حُبَيْدٍ في الأموال عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » قال عُرْوَةُ : قضى بذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه في خلافته ، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء ، وإن اختلفوا في شروطه .

﴿ مسألة ﴾

٤٢٧١

قال أبو القاسم ﴿ ومن أحيا أرضاً لم يملك فهي له ﴾ .

وجملته : أن الموات قسمان :

أحدهما : ما لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالإحياء ، بغير خلاف بين القائمين بالإحياء ، والأخبار التي رويها متناولة له .

القسم الثانى : ما جرى عليه ملك مالك ، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : ماله مالك معين ، وهو ضربان : أحدهما : ما ملك بشراء ، أو عطية ، فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير مُنْقَطِع أنه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه .

الثانى : ما ملك بالإحياء ، ثم ترك حتى دَثَرَ^(١) وعاد مواتاً ، فهو كالذى قبله سواء ، وقال مالك : يملك هذا لعموم قوله « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصير مواتاً عادت إلى الإباحة ، كن أخذ ماء من نهر ، ثم رده فيه .

(١) دثر : قدم وطال عليه العهد بدم العمارة والإحياء .

ولنا : أن هذه أرض يُعرف مالُكها ، فلم تملك بالإحياء ، كالتى مُلكت بشراء ، أو عطية ، والخبر مقيّد بغير المملوك ، بقوله فى الرواية الأخرى « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وقوله « فى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ » وهذا يوجب تقييد مُطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة فى تفسير قوله عليه السلام « وَلَيْسَ لِفِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » الظالم أن يأتى الرجل الأرض الميتة لغيره ، فيفرض فيها ، ذكره سعيد بن منصور فى سننه ، ثم الحديث مخصوص بما مُلك بشراء ، أو عطية ، فنقيس عليه محل النزاع . ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تُركت حتى تشققت ، وما ذكره يبطل بالموات إذا أحياء إنسان ، ثم باعه ، فتركه المشتري حتى عاد مواتاً ، وبالأقطة إذا ملكها ، ثم ضاعت منه ، ويخالف ماء النهر فإنه استهلك .

النوع الثانى : ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلى ، كآثار الرُّوم ، ومساكن ثمود ، ونحوها ، فهذا يُملك بالإحياء . لأن ذلك الملك لا حرمة له . وقد روى عن طاوس ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « عَادَى الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هُوَ بَعْدُ أَكْمَرُ » رواه سعيد بن منصور فى سننه ، وأبو عبيد فى الأموال ، وقال : عادى الأرض : التى كان بها ساكن فى آباء الدهر ، فانقرضوا ، فلم يبق منهم أنيس ، وإنما نسبها إلى عادٍ لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوى قوّة ، وبطش ، وآثار كثيرة ، فنُسب كل أثر قديم إليهم ، ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ، ولم يُعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يُملك ، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً ، فاستحقّوه ، فصار موقوفاً بوقف عمر له ، فلم يملك ، كالأول علم مالكة .

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك فى الإسلام لمسلم ، أو ذمى غير معيّن ، فظاهر كلام الخرق أنها لا تملك بالإحياء ، وهو أحد الروایتين عن أحمد ، نقلها عنه أبو داود ، وأبو الحارث ، ويوسف بن موسى ، لما روى كثير بن عبد الله بن عوف ، عن أبيه ، عن جدّه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » فقيده بكونه فى غير حق مسلم . ولأن هذه الأرض لها مالك ، فلم يجز إحيائها ، كالأول كان معيّن ، فإن مالكة إن كان له ورثة فهم لهم ، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون .

والرواية الثانية : أنها تملك بالإحياء ، نقلها صالح ، وغيره وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، لعموم الأخبار ، ولأنها أرض موات ، لا حق فيها لقوم بأعيانهم ، أشبهت ما لم يجز عليه ملك مالك ، ولأنها إن كانت فى دار الإسلام فهي كقطعة دار الإسلام ، وإن كانت فى دار الكفر فهي كالأول .

(فصل)

٤٢٧٢

ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام ، لعموم الأخبار ، ولأن عامر دار الحرب إنما

يملك بالقهر ، والغلبة ، كسائر أموالهم ، فأما ما عرف أنه كان مملوكا ، ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين . فإن قيل : فهذا ملك كافر غير مُحترم ، فأشبهه ديار عادٍ وقد دلّ عليه قوله عليه السلام « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَإِرْسُولِهِ » ولأن الرّكاز من أموالهم ، ويملكه واجده ، فهذا أولى ، قلنا : قوله « عَادِي الْأَرْضِ » يعني ما قدّمه ملكه ، ومضت عليه الأزمان ، وما كان كذلك فلا حكم للملكه . فأما ما قرب ملكه ، فيحتمل أن له مالكا باقيا . وإن لم يتعين ، فلهذا قلنا : لا يملك ، على إحدى الروايتين ، وأما الركاز فإنه ينقل ، ويحول ، وهذا بخلاف الأرض ، بدليل أن نقطة دار الإسلام تملك بعد التعريف ، بخلاف الأرض .

٤٢٧٣

(فصل)

ولا فرق بين المسلم والذميّ في الإحياء ، نص عليه أحمد وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك : لا يملك الذميّ بالإحياء في دار الإسلام ، قال القاضي : وهو مذهب جماعة من أصحابنا ، لقول النبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مَوْتَانُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَإِرْسُولِهِ » ثم هي لَكُمْ مِثِّي » فجمع الموتان ، وجعله للمسلمين ، ولأن موتان الدار من حقوقها ، والدار للمسلمين فسكان مواتها لهم ، كمرافق المملوك .

ولنا عموم قول النبيّ « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ولأن هذه جهة من جهات التملك ، فاشترك فيها المسلم ، والذميّ ، كسائر جهاته ، وحديثهم لا نعرفه ، إنما نعرف قوله « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَإِرْسُولِهِ » ثُمَّ هُوَ لَكُمْ بَعْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُهَا » هكذا رواه سعيد بن منصور ، وهو مرسل ، رواه طاوس ، عن النبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هِيَ لَكُمْ » أى لأهل دار الإسلام ، والذميّ من أهل الدار ، تجري عليه أحكامها ، وقولهم إنها من حقوق الإسلام قلنا : وهو من أهل الدار ، فيتملككم كما يملككم بالشراء ، ويملك مباحاتها من الحشيش ، والخطب ، والصيود ، والرّكاز ، والمعدن ، واللقطة ، وهي من مرافق دار الإسلام .

٤٢٧٤

(فصل)

وما قرب من العامر ، وتعلق بمصالحه من طريقه ، ومسيل مائه ، ومُطَرَّحِ قَامَتِهِ ، ومُنْتَقِي أَهْلِهِ ، وآلاته ، فلا يجوز إحياءه ، بغير خلاف في المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية ، كنفائها ، ومرعى ماشيتها ، ومُحْتَطَبِهَا ، وطرقها ، ومسيل مائها ، لا يملك بالإحياء ، ولا نعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم ، وكذلك حريم البئر ، والنهر ، والمين ، وكلّ مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله .

وذكر القاضي . أن هذه المرافق لا يملكها المحي بالإحياء ، لكن هو أحقُّ بها من غيره ، لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها .

وقال الشافعى . يملك بذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى فى حريم البئر ، لأنه مكان استحققه بالإحياء فملكه ، كالحجى ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار فى البيع ويختص به صاحبها ، فأما ما قرب من العامر ، ولم يتعلق بمصلحه . ففيه روايتان .

إحداها : يجوز إحياءه ، قال أحمد فى رواية أبى الصقر فى رجلين أخياً قطعتم من موات ، وبقيت بينهما رُقعة ، فجاء رجل ليحييها فليس لها منعه ، وقال فى جبانة بين قريتين : من أحيهاها فعلى له ، وهذا مذهب الشافعى ، لعموم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع بلال ابن الحارث المزنى العقيق ، وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر ، فجاز إحياءه كالبعيد .

(والرواية الثانية) لا يجوز إحياءه ، وبه قال أبو حنيفة ، والليث ، لأنه فى مظنة تعلق المصلحة به ، فانه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب حائطه إلى فنائه ، ويجعله طريقاً أو يخرب حائطه ، فيضع آلات البناء فى فنائه ، وغير ذلك ، ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد .

إذا ثبت هذا . فأنه لا حد يفصل بين القريب ، والبعيد ، سوى العرف ، وقال الليث : حده غلوة ، وهى خمس الفرسخ . وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذى إذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه .

ولنا أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ، ولا يعرف بالرأى ، والتحكم ، ولم يرد من الشرع لذلك تحديد ، فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف ، كالتبض ، والإحراز . وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل ، وليس ذلك أولى من تحديده بشئ آخر ، كييل ، ونصف ميل ، ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذى ذكره — والله أعلم — مختص بما قرب من المصر ، أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر ، لأنه يفضى إلى أن من أحيى أرضاً فى موات حرّم إحياء شئ من ذلك الموات على غيره ، ما لم يخرج عن ذلك الحد .

(فصل)

٤٢٧٥

وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء ، المفتوح عنوة كأرض الشام ، والعراق ، وما أسلم أهله عليه ، كالمدينة وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين ، كأرض خيبر ، إلا الذى صولح أهله على أن الأرض لهم ، ولنا الخراج عنها ، فإن أصحابنا قالوا : لو دخل فيها مسلم ، فأحيى فيها مواتاً لم يملكه ، لأنهم صولحوا فى بلادهم ،

فلا يجوز التعرض لشيء منها ، عامراً كان ، أو مواتاً ، لأن الموات تابع للبلد ، فإذا لم يملك عليهم للبلد ، لم يملك ، مواته ، ويفارق دار الحرب ، حيث يملك مواتها ، لأن دار الحرب على أصل الإباحة ، وهذه صالحتهم على تركها لهم ، فحرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحيائها للعموم الخبر ، ولأنها من مباحات دارهم ، فجاز أن يملكها من وجد منه سبب يملكها ، كالخشيش ، والخطب ، وقد روى عن أحمد : أنه ليس في السواد موات ، يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على العاصر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى باغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة ، فقال : إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها ميتاً ، وإذا لم يكن فيها موات حين مالكتها المسلمون لم يصرف فيها موات بعده ، لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يهر مواتاً على إحدى الروايتين .

(فصل)

٤٢٧٦

وإن تمجّر مواتاً ، وهو أن يشرع في إحيائه ، مثل أن أدار حول الأرض زاباً ، وأحجاراً ، أو حاطها بحائط صغير ، لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالإحياء ، وليس هذا إحياء ، لكن يصير أحق الناس به ، لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » رواه أبو داود ، فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلة ، لأن صاحبه أقامه مقامه ، وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ » فان باعه لم يصح بيعه ، لأنه لم يملكه ، فلم يملك بيعه ، كحق الشفعة قبل الأخذ به ، وكن سبق إلى معدن ، أو مباح قبل أخذه ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز بيعه ، لأنه له ، فان سبق غيره ، فأحياء ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يملكه ، لأن الإحياء يملك به ، والنجس لا يملك به ، فنبت الملك بما يملك به ، دون مالم يملك به ، كن سبق إلى معدن ، أو مشرعة ماء ، فجاء غيره ، فأزاله وأخذه . والثاني : لا يملكه لأن مفهوم قوله عليه السلام ، « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ، كَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وقوله — في حق غيره مسلم — فهي له « أنها لا تكون له إذا كان مسلم فيها حق » ، وكذلك قوله « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وروى سعيد في سننه : أن عمر رضى الله عنه قال : من كانت له أرض ، يعني : من تمجّر أرضاً ، فمطلما ثلاث سنين ، فجاء قوم ، فعمروها ، فهم أحق بها ، وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، لأن الثاني أحياء في حق غيره ، فلم يملكه ، كالأحيا ما يتعلق به مصالح ملك غيره ، لأن حق المتجّر أسبق ، فكان أولى ، كحق الشفعة يقدم على شراء المشتري . فإن طال المدة عليه ، فينبغي أن يقول له السلطان : إما أن تُحييه ، أو تتركه ليُحييه غيرك ، لأنه ضيق على الناس

في حقِّ مُشْتَرِكٍ بينهم ، فلم يُمْكِن من ذلك ، كما لو وقف في طريق ضيق ، أو مَشْرَعَةٍ ماء ، أو مُعْدِنٍ لا يَنْتَفِع ، ولا يَدْعُ غَيْرَهُ يَنْتَفِع ، فإن سأل الإمام لَعُدَّ له أَهْلُ الشَّهْرِ ، وَالشَّهْرَيْنِ ، ونحو ذلك ، فإن أَحْيَاهُ غَيْرُهُ في مَدَّةِ الْمُهْلَةِ ، ففقه الوجهان اللذان ذَكَرْنَاهُمَا .

وإن انقضت المدة ، ولم يُعْمَرْ ، فإِغْيَرَهُ أَنْ يُعْمَرْ ، وبِمِلْكِهِ ، لأنَّ المَدَّةَ ضُرِبَتْ لَهُ لِيَنْقَطِعَ حَقُّهُ بِمُضِيِّهَا ، وسواء أَذِنَ لَهُ السُّلْطَانُ فِي عِمَارَتِهَا ، أَوْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمُتَحَجِّجُ عِذْرًا فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَعْمَرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدَكَ ، فَإِنْ لَمْ يُعْمَرْهَا كَانَ لِغَيْرِهِ عِمَارَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ شَيْءٌ ، وَاسْتَمَرَّ تَعْمِيلُهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا عَنْ عَمْرِ بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ مَنْ تَحَجَّجَ أَرْضًا فَمَعَّطَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلِّهِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

٤٢٧٧

(فصل —)

وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، فَيَسْكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَحَجِّجِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، لِمَا رَوَى « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَرْثِ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ قَالَ لِبِلَالٍ : إِنْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَقْطَعْكَ لِحُجَّتِهِ عَنْ النَّاسِ ، إِمَّا أَقْطَعُكَ لِقَعْمُرٍ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرَدَّ الْبَاقِي » رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ فِي الْأَمْوَالِ ، وَذَكَرَ سَعِيدٌ فِي سَنَدِهِ : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ رَبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَرْثَ بْنَ بِلَالٍ بْنَ الْحَرْثِ يَقُولُ : إِنْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَرْثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا وَلَّى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَالَ : مَا أَقْطَعُكَ لِحُجَّتِهِ عَنْ النَّاسِ ، وَأَقْطَعُهُ النَّاسَ ، وَرَوَى عَلْقَمَةُ بْنُ وَائِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَةِ مَوْتٍ ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، صَحِيحٌ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سَفِيانٌ ، عَنْ ابْنِ أَبِي نَجِيحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شَعِيبٍ « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مَزَيْنَةَ أَرْضًا فَمَطَّلُوهَا فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَخْيَوْهَا فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عُمَرُ : أَوْ كَانَتْ قَطِيعَةً مِنِّي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَمْ أَرُدَّهَا ، وَلَسْتُهَا قَطِيعَةً مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَنَا أَرُدُّهَا ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ يَغْنِي مَن تَحَجَّجَ أَرْضًا ، فَمَعَّطَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا » .

٤٢٧٨

﴿مسألة﴾

قال ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَرْضٌ مِلْحٌ ، أَوْ مَاءٌ لِلْمَسْلُومِينَ فِيهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَا يَحُوزُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِهَا الْإِنْسَانُ ﴾ .

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة ، وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس ، وينتفعون بها ،

كالمِلح، والماء، والكبريت، والقيِر^(١)، والمومياء، والنَّفْط، والكُحْل، والْبُرَام^(٢)، والياقوت، ومقاطع الطين، وأشباه ذلك، لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين، لأن فيه ضرراً بالمسلمين، وتضييقاً عليهم، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن خمال معدن الملح، فلما قيل له: إنه بمنزلة الماء العِدِّ^(٣) ردّه، كذا قال أحمد. وروى أبو عبيد، وأبو داود، والترمذى، بإسنادهم، عن أبيض بن خمال: أنه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح بمأرب، فلما ولى قيل: يا رسول الله، أتدرى ما أقطعت له؟ إنما أقطعت له الماء العِدِّ، فرجّه منه، قال: قلت: يا رسول الله، ما يُحمى من الأراك؟ قال: «مَا لَمْ تَنْلُهُ أَخْفَافُ الْإِبِلِ» وهو حديث غريب، وروى في لفظ عنه أنه قال «لَا حَى فِي الْأَرَاكِ» ورواه سعيد، فقال: حدثني إسماعيل بن عتيّاش، عن عمرو ابن قيس المأربى، عن أبيه، عن أبيض بن خمال المأربى، قال: استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب، فأقطعتني، فقيل: يا رسول الله، إنه بمنزلة الماء العِدِّ، يعنى أنه لا ينقطع، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «فَلَا إِذَنْ» ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة، فلم يجوز إحياءه، ولا إقطاعه، كمشارع الماء، وطرقات المسلمين، وقال ابن عقيل: هذا من مواد الله الكريم، وفيض جوده الذى لا غفاء عنه، فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه، فضاقت على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه، فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة، وهذا مذهب الشافعى، ولا أعلم فيه مخالفاً.

(فصل)

٤٢٧٩

فأما المعادن الباطنة، وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل، والمؤنة، كمدان الذهب، والفضّة، والحديد، والنحاس، والرصاص، والبلّور، والفيروزج، فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالإحياء، لما ذكرنا فى التى قبلها، وإن لم تكن ظاهرة، فخفرتها إنسان، وأظهرها لم تملك بذلك فى ظاهر المذهب، وظاهر مذهب الشافعى، ويحتمل أن يملكها بذلك، وهو قول للشافعى، لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل، والمؤنة، فملك بالإحياء، كالأرض، ولأنه بإظهاره تهياً للانتفاع به، من غير حاجة إلى تكرار

(١) القيِر: الزيت، كالقار، أو شيء أسود تطفى به الإبل الجربى كالزفت، والمومياء، الآثار والنفط. زيت البترول.

(٢) نوع من الحجارة رخو.

(٣) الماء العِدِّ: بكسر العين وتشديد الدال، الماء الجارى الذى له مادة لا تنقطع كماء العين والمعنى أن الملح كالماء الجارى ينبغى أن يشارك الناس فيه بعضهم بعضاً.

ذلك العمل ، فأشبه الأرض إذا جاءها بماء ، أو حاطها ، ووجه الأول أن الإحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيتها بها المَحْيَا للانتفاع ، من غير تكرار عمل ، وهذا حفر ، وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع ، فإن قيل : فلو احتفر بئراً مملكتها ، وملك حريمها . قلنا : البئر تهيات للانتفاع بها من غير تجديد حفر ، ولا عمارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل ، وعمارة ، فافترقا . قال أصحابنا : وليس للامام إقطاعها . لأنها لا تملك بالإحياء ، والصحيح جواز ذلك ، « لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع لبلال ابن الحارث معادن القبلية ، جالسيتها ، وغوريها ^(١) » رواه أبو داود ، وغيره .

(فصل)

٤٢٨٠

ومن أحياء أرضاً فملكها بذلك فظهر فيها معدن مملوكه ، ظاهراً كان أو باطناً ، إذا كان من المعادن الجامدة ، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها ، وطبقاتها ، وهذا منها ، ويفارق الكنز ، فإنه مودع فيها ، وليس من أجزائها ، ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ، لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعاً كان لهم ، وههنا لم يقطع عنهم شيئاً ، لأنه إنما ظهر بإظهاره له ، ولو تحجر الأرض ، أو أقطعها ، فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياءها ، ويملكها بما فيها ، لأنه صار أحق به بتحجره ، وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقه .

وأما المعادن الجارية ، كالقار ، والنفط ، والماء ، فهل يملكها من ظهرت في مملوكه ؟ فيه روايتان . أظهرهما : لا يملكها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الناس سُرَّكَاهُ فِي ثَلَاثٍ : فِي الْمَاءِ ، وَالْكَوَاكِبِ ، وَالنَّارِ » رواه الخلال ، ولأنها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكنز . والثانية : يملكها ، لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع ، والمعادن الجامدة .

(فصل)

٤٢٨١

ولو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم يصل إلى النّيْل ، صار أحق به ، كلمة تحجر الشارع في الإحياء ، فإذا وصل إلى النّيْل صار أحق بالأخذ منه ، ما دام مُقِمّاً على الأخذ منه ، وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه ، وإذا وصل إلى ذلك العِرْق لم يكن له

(١) جلسيها : نسبة إلى المجلس . بفتح الجيم وسكون اللام وهو الغليظ من الأرض ، وغوريها نسبة إلى الغور بفتح الغين وسكون الواو وهو ما انخفض من الأرض ، أو مالان ورخو منها . والمعنى أنه أقطعهم جميع أرض القبيلة غليظها ورخوها والقبلي بكسر القاف وسكون الباء ، وبفتح القاف والباء ناحية من نواحي الفرع ، وهو بضم الفاء موضع من أضخم أعراض المدينة .

منعه ، سواء قلنا . إن المعدن يملك بحفره ، أو لم نقل ، لأنه إن ملكه فإتّما يملك المسكان الذى حفره ، وأما العرق الذى فى الأرض فلا يملكه بذلك .

ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر فى ملكه معدن بحيث يخرج النّيلُ عن أرضه ، فحفر إنسان من خارج أرضه ، كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه ، لأنه لم يملكه ، إتّما ملك ما هو من أجزاء أرضه ، وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلًا فى أرضه من أجزاء الأرض الباطنة ، كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر فى دار الحرب معدنًا ، فوصل إلى النّيل ، ثم فتحتها المسلمون غنوةً لم تهر غنيمةً ، وكان وجود عمله ، وعدمه واحدًا ، لأن عامره لم يملكه بذلك ، ولو ملكه فإن الأرض كلّها تصير وقفًا للمسلمين ، وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم ، فتعّين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

٤٢٨٢

(فصل)

ولو كان فى الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنًا ظاهرًا ، كوضع على شاطئ البحر ، إذا صار فيه ماء البحر صار ملحًا ، ملك بالإحياء ، وجاز للإمام إقطاعه ، لأنه لا يضيق على المسلمين بإحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه ، كبقية الموات ، وإحياء هذا بتهيئته لما يصلح له ، من حفر ترابه ، وتمهيده ، وفتح قناة إليه تصبّ الماء فيه ، لأنه يتهيأ بهذا الانقفاع به .

٤٢٨٣

(فصل)

ومن ملك معدنًا ، فعمل فيه غيره بغير إذنه ، فما حصل منه فهو لملكه ، ولا أجر للانصاب على عمله ، لأنه عمل فى ملك غير بغير إذنه ، أشبه ما لو حصّد زرع غيره ، وإن قال مالكه : اعمل فيه ، ولك ما يخرج منه ، فله ذلك ، ولا شيء لصاحب المعدن فيه ، لأنه إباحة من مالكه ، فملك ما أخذه ، كما لو أباحه الأخذ من داره ، أو بستانه ، وإن قال : اعمل فيه على أن مارزق الله من نّيلٍ كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وما يأخذه يكون بينهما ، كما لو قال له : احصّد هذا الزرع بنصفه ، أو ثلثه ، ولأنتها عين تنمى بالعمل عليها ، فصحّ العمل فيها بعبضه ، كالمضاربة فى الأثمان .

والثانى : لا يصحّ . لأن ما يحصل منه مجهول ، ولأنه لا يصحّ أن يكون إجارةً لأن العوض مجهول ، والعمل مجهول ، ولا جمالة ، لأن العوض مجهول ، ولا مضاربة ، لأن المضاربة إنما تصحّ بالأثمان ، على أن يرد رأس المال ، وتكون له حصّة من الربح ، وليس ذلك ههنا ، وفارق حصاد الزرع بنصفه ، أو جزء منه ، لأن الزرع معلوم بالشاهدة ، وما علم جميعه علم جزؤه ، بخلاف هذا ، وإن قال : اعمل فيه كذا ، ولك ما يحصل منه ، بشرط أن تُعطى ألفًا ، أو شيئًا معلومًا لا يصحّ . لأنه بيع لمجهول ، ولا يصحّ أن يكون

معاملةً ، كالمضاربة ، لما ذكرنا ، ولأن المضاربة تكون بجزء من الثماء ، لا دراهم معلومة ، قال أحمد : إذا أخذ معدناً من قوم على أن يعمّره ، ويعمل فيه ، ويعطيهم ألفي مَنّا^(١) ، وألف مَنّا صُفْراً ، فذلك مكروه ، ولم يرخص فيه ، والله الموفق .

(فصل)

٤٢٨٤

إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دَوْرٍ^(٢) كذا بدینار صح ، لأنها إجارة معلومة ، وإن ظهر عرق ذهب . فقال : استأجرْتُكَ لتُخْرِجَ به بدینار لم يصح ، لأن العمل مجهول ، وإن قال : إن استخرجته فلك دينار صح ، ويكون جمالةً ، لأن الجالة تصح على عمل مجهول ، إذا كان العوض معلوماً .

(فصل)

٤٢٨٥

ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر ، أو باطن فهو أحقّ بما ينال منه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » فإن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منعه منه ، لأنه بضيق على الناس ، ما لا نفع فيه ، فأشبه ما لو وقف في مَشْرَعَةِ الماء لغير حاجة ، وإن أطال المقام ، والأخذ احتمل أن يمنع ، لأنه يصير كالمتملك له ، واحتمل أن لا يمنع لإطلاق الحديث ، وإن استبق إليه اثنان ، وضاق المكانُ عنهما أُقْرِعَ بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يُقَسَمَ بينهما ، لأنه يمكن قسمته ، وقد تساويا فيه ، فيقسم بينهما ، كما لو تداعيا عيناً في أيديهما ، ولا يثبت لأحدهما بها ، ويحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما ، لأن له نظراً ، وذكر القاضي وجهاً رابعاً ، وهو أن الإمام ينصب من يأخذهما ، ويقسم بينهما ، وهذا التفصيل مذهب الشافعي .

(فصل)

٤٢٨٦

وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالإحياء . قال أحمد في رواية المباس بن مومي : إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها ، لأن فيه ضرراً ، وهو أن الماء يرجع ، يعني أنه يرجع إلى ذلك المكان ، فإذا وجده مبنياً رجع إلى الجانب الآخر ، فأضرّ بأهله ، ولأن الجزائر مَنَبَتُ السكّال ، والخطب ، فجرت بحرى الممادِن الظاهرة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لَأَحْيَى فِي الْأَرَالِكِ » وقال أحمد في رواية حرب : يروى عن عمر أنه أباح الجزائر ، يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات ، وقال : إذا نضب القُرَات عن شيء ، ثم نبت فيه نبات ، فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك ، فأما إن غاب الماء على ملك إنسان ، ثم عاد فنضب عنه ، فله أخذه ، فلا يزول ملكه بقلبة الماء عليه ، وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به

(١) النا . كيل أو ميزان ، والصغر النحاس . (٢) الدور : الدائرة ، أى في دائرة قطرها كذا مثلاً .

أحد ، فعمره رجل عمارة لا ترد الماء ، مثل أن يحمله مزرعة ، فهو به حق من غيره ، لأنه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق ، فأشبهه التحجر في الموات .

٤٢٨٧

(فصل)

وما كان من الشوارع ، والطرق ، والرحاب بين العمران ، فليس لأحد إحياءه ، سواء كان واسعا أو ضيقا ، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون ، وتعلق به مصالحهم ، فأشبهه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالعمود في الواسع من ذلك ، للبيع ، والشراء ، على وجه لا يضيق على أحد ، ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك ، من غير إنكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار ، فلم يمنع منه ، كالاجتياز ، قال أحمد في السابق إلى دكاكين السوق غدوة ، فهو له إلى الليل ، وكان هذا في سوق المدينة ، فيما مضى ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « مِنْ مَنَّاخُ مَنْ سَبَقَ » وله أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه ، من بارية^(١) وتابوت ، وكساء ، ونحوه ، لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه ، وليس له البناء ، لادكة ، ولا غيرها ، لأنه يضيق على الناس ، ويعثر به المارة ، بالليل ، والضرير في الليل ، والنهار ، ويبقى على الدوام ، فربما ادعى ملكه يسبب ذلك ، والسابق أحق به مادام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته ، لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه ، لأن يده قد زالت ، وإن قعد وأطال منع من ذلك ، ولأنه يصير كالممتلك ، ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال ، ولأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، وإن استبق اثنين إليه احتمل أن يقرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما ، وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ، ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ، ولا غيره ، قال أحمد : ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق ، قال القاضي : هذا محمول على أن الطريق ضيق ، أو يكون يؤذى المارة ، لما تقدم ذكرنا له ، وقال : لا يمجبن الطحن في العروب ، إذا كانت في طريق الناس ، وهي السنن التي يطحن فيها في الماء الجاري ، إنما كره ذلك لتضييقها طريق السنن المارة في الماء ، قال أحمد : ربما غرقت السفن ، فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها .

٤٤٨٨

(فصل في القطائع)

وهي ضربان :

أحدهما . إقطاع إرفاق ، وذلك إقطاع مقاعد السوق ، والطرق الواسعة ، ورحاب المساجد التي

(١) البارية : الحصير المنسوج .

ذكرنا : أن السابق إليها الجلوس ، فللامام إقطاعها لمن يجلس فيها ، لأن له في ذلك اجتهاداً من حيث إنّه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضرّ بالمارة ، فكان للامام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرّر بجلوسه ، ولا يملكها المقطع بذلك ، بل يكون أحقّ بالجلوس فيها ، من غيره ، بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع ، سواء ، إلا في شيء واحد ، وهو أن السابق إذا نقل مقاعه عنها فليغيره الجلوس فيها ، لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ، ومقامه فيها ، فإذا انتقل عنها زال استحقاقه ، لزوال المعنى الذي استحقّ به ، وهذا استحقّ باقطاع الإمام ، فلا يزول حقّه بنقل مقاعه ، ولا يضرّه الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس ببناء ومنعه من البناء ، ومنعه إذا قال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه .

الثاني : إقطاع موات من الأرض لمن يُحِبُّها ، فيجوز ذلك ، لما روى وائل بن حُجْر « أن رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَهُ أَرْضًا فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ أَنْ أَعْطِهِ إِيَّاهُ أَوْ أَعْلَمَهُ إِيَّاهُ » حديث صحيح وأقطع بلال بن الحارث المزني ، وأبيّض بن سَاحِلَ المأربي ، وأقطع الزبير خُضَرَ^(١) فَرَسَهُ ، فَأَجْرَى قَرَسَهُ حَتَّى قَامَ ، وَرَمَى بِسَوْطِهِ ، فَقَالَ : « أَعْطَوْهُ مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ » رواه سعيد ، وأبو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْأَنْصَارَ لِيُقْطَعَ لَهُمْ بِالْبَحْرَيْنِ ، فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنْ قَمَلَتْ فَانْكَسَبْ لِإِخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا ، وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ، وَأَنَّ عُمَانَ أَقْطَعَ خَمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : الزبير ، وسعداً ، وابن مسعود ، وأسامة بن زيد ، وخبّاب بن الأَرْتِ .

ويروى عن نافع أبي عبس الله أنه قال لعمر : إِنْ قَبَلْنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْخُرَاجِ ، وَلَا تُضَرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُقْطَعَنَّهَا اتَّخِذْ فِيهَا قَصِيلاً^(٢) يَلْبَسِي ، فافْعَلْ ، قَالَ : فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَاقْطَعِهَا إِيَّاهُ ، رَوَى هَذِهِ الْأَنْبَارُ كُلُّهَا أَبُو عُبَيْدٍ فِي الْأُمُورِ .

وروى سعيد ، عن سفيان ، عن أبي نَجِيح ، عن عمرو بن سُعَيْب : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جَهَنَّمِ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضًا .

إذا ثبت هذا : فإن من أقطعه الإمام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك ، لكن يصير أحقّ به كالمتحجّر الشارع في الإحياء ، بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث ، حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو ملكه لم يجز استرجاعه ، وردّ عمر

(١) حضر فرسه : بضم الحاء وسكون الضاء جرية سريعة لفرسه .

(٢) القصيل : النبات الذي لا ثمر فيه كأعواد الذرة قبل أن ينبت فيها الحب .

أيضاً قطيعة أبي بكر لعيننة بن حصن ، فسأل عيننة أبا بكر أن يجدد له كتاباً ، فقال : والله لا أجدد شيئاً رده عمر ، رواء أبو عبيد ، لكن المقطع بصير أحق به من سائر الناس ، وأولى بإحيائه ، فإن أحياءه ، وإلا قال له السلطان : إن أحييته ، وإلا فارفع يدك عنه ، كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجبه دون الناس ، وإنما أقطعك لتعمر ، فتخذ منها ما قدرت على عمارته ورؤد الباقي ، وإن طلب المهلة لعذر أهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يُعمل ، على ما ذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره ، فأحياءه قبل أن يقال له شيء أوفى مدة المهلة ، فهل يملكه ؟ على وجهين .

وقد روى عن عمرو بن شعيب : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أومزينة أرضاً ، فدخلوها ، فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمر رضي الله عنه ، فقال عمر : لو كانت قطيعة متى أو من أبي بكر لم أردّها ، ولكنها قطيعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنا أردّها ، فدل هذا على أنها إذا كانت قطيعة من غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهي لمن أحيائها .

والثاني : لا يملكه . لأنه تعلق به حق المقطع ، ومفهوم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » أنه إذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحيائها ، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر ، وهذا مثله ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كنعجو ما ذكرنا .

(فصل)

٤٢٨٩

وليس للإمام إقطاع مالا يجوز إحياءه من المعادن الظاهرة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما استقطعه أبيب بن كحال الملح الذي بمأرب ، فقيل : يا رسول الله إنما أقطعته الماء العذب ، فأرجعه منه ، ولأن في ذلك تضييقاً على المسلمين ، وفي إقطاع المعادن الباطنة وجهان ، ذكرناهما فيما مضى .

(فصل)

٤٢٩٠

ولا ينبغي أن يقطع الإمام أحداً من الموات إلا ما يمكنه إحياءه ، لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم ، بما لا فائدة فيه ، فإن فعل ، ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(فصل في الحمى)

٤٢٩١

ومعناه أن يحمي أرضاً من الموات يمنع الناس دغى ما فيها من السكلا ، ليختص بها دونهم ،

وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك ، فكان منهم من اذا انتجع بلاداً ، أو في بقلبٍ على نَشْرِ ، ثم استمعوا ، ووقف له من كل ناحية من يَسْمَعُ صوته بالعواء ، فحينما انتهى صوته حياه من كل ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه ، لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

وروى الصَّغْبُ بنُ جَثَامَةَ قال : سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لَا حَيَّ إِلَّا اللَّهُ وَإِرْسُولُهُ » رواه أبو داود ، وقال : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْأَكْلِ » رواه الخليل . وليس لأحد من الناس سوى الأئمة أن يحمي ، لما ذكرنا من الخبر ، والمعنى ، فأما النبي صلى الله عليه وسلم فقد كان له أن يحمي نفسه ، والمسلمين ، لقوله في الخبر « لَا حَيَّ إِلَّا اللَّهُ وَإِرْسُولُهُ » لكنه لم يحمي لنفسه شيئاً ، وإنما حَيَّ للمسلمين ، فقد روى ابن عمر قال « حَيَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النَّقِيعَ »^(١) نَحْلِيلُ الْمُسْلِمِينَ » رواه أبو عبيد ، والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء ، فيكثر فيه الخصب ، لمكان ما بصير فيه من الماء ، وأما صائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا أنفسهم شيئاً ، ولسكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيلُ الجاهدين^(٢) ، ونعممُ الجزية ، وإبلُ الصدقة ، وضوالُ الناس^(٣) التي يقوم الإمام بحفظها ، وماشية الضعيف من الناس ، على وجه لا يستتسر به من سواه من الناس ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي في صحيح قوليه ، وقال في الآخر : ليس لغير النبي صلى الله عليه وسلم أن يحمي ، لقوله « لَا حَيَّ إِلَّا اللَّهُ وَإِرْسُولُهُ » .

ولنا أن عمر ، وعثمان ، حمياً ، واشتهر ذلك في الصحابة ، فلم يُنكر عليهما ، فكان إجماعاً ، وروى أبو عبيد بأسناده ، عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه ، قال : أنى أعرابي عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الإسلام ، علام تحميها ؟ فأطرق عمر ، وجعل ينفخ ، ويفتل شاربه — وكان إذا كربة أمر فتل شاربه ، ونفخ — فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والمباد عباد الله ، والله لولا ما أحل عليه في سبيل الله ما حيت شبراً من الأرض ، في شبر ، وقال مالك : بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظمر ، وعن أسلم قال : سمعتُ عمر يقول لهني حين استعمله على حَيِّ الرِّبْدَةِ : يا هَتَّى اضمم جناحك عن الناس ،

(١) النقيع : يطلق النقيع على الماء العذب البارد ، وعلى ما ينتقع في الماء من الدواء أو التنبيذ ، وعلى البثر الكثيرة الماء ، والراد هنا ما ذكره الشارح ، وهو أرض واسعة خصبة لترسب الماء فيها .

(٢) كما حَيَّ عمر رضى الله عنه تبع الخضعات وهو موضع على ليلتين من المدينة .

(٣) ضوال الناس : جمع ضالة : أى الدواب التي تضل وتضيع من أصحابها .

وانتق دعوة المظلوم ، فإنها مجابة . وأدخل رب الصريمة ، والغنيمة ، ودعى من نعم ابن عوف ، ونعم ابن عفان ، فانهما إن هلكتا ما شيتها رجما إلى نخل ، وزرع ، وإن هذا المسكين إن هلكتا ماشيته جاء بصرخ : يا أمير المؤمنين ، فالكلأ أهون على أم غرم الذهب ، والورق ، ؟ إنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية ، وأسلموا عليها في الإسلام ، وإنهم ليرون أنا نذلهم ، ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما تحميت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا إجماع منهم ، ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَا أَطْعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُفْمَةٍ إِلَّا جَعَلَهَا طُفْمَةً لِنَبِيٍّ بَعْدَهُ » وأما الخبر فمخصوص ، وأما حماه لنفسه فيفارق حتى النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه ، لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين ، وماله كان يردّه في المسلمين ، ففارق الأئمة في ذلك ، وساووه فيما كان صلاحاً للمسلمين ، وليس لهم أن يحموا إلا قدر لا يضيق به على المسلمين ، وبضر بهم . لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة ، لما يحصى ، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس .

(فصل)

٤٢٩٢

وما حماه النبي صلى الله عليه وسلم فليس لأحد نقضه ، ولا تغييره ، مع بقاء الحاجة إليه ، ومن أحيأ منه شيئاً لم يملكه ، وإن زالت الحاجة إليه فقيه وجهان ، وما حماه غيره من الأئمة فغيره هو أو غيره من الأئمة جاز ، وإن أحيأ إنسان ملكه في أحد الوجهين ، لأن حتى الأئمة اجتهد ، وملك الأرض بالإحياء نص ، والنص يقدم على الاجتهاد .

والوجه الآخر لا يملكه ، لأن اجتهد الإمام لا يجوز نقضه ، كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا ، والله أعلم .

(فصل في أحكام المياه)

٤٢٩٣

قد ذكرنا في البيع حكم ملكها ، وبيعها ، ونذكر ههنا حكم السقي بها ، فنقول :

لا يخلو الماء من حالين . إما أن يكون جارياً أو واقفاً ، فإن كان جارياً فهو ضربان :

أحدهما : أن يكون في نهر غير مملوك ، وهو قسمان :

أحدهما : أن يكون نهراً عظيماً ، كالنيل ، والفرات ، ودجلة ، وما أشبهها من الأنهار العظيمة ، التي لا يستقر أحد بسقيه منها ، فهذا لا تراحم فيه ، ولكل أحد أن يسقي منها ما شاء ، متى شاء ، كيف شاء .

القسم الثاني : أن يكون نهراً صغيراً ، يزدهم الناس فيه ، ويتشاحون في مائه ، أو سيلاً يتشاح فيه

أهل الأرض الشاربة منه ، فإنه يُبدأ بمن في أول النهر ، فيسقى ، ويحبس الماء حتى يبلغ إلى السكعب ، ثم يُرسل إلى الذي يليه ، فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء ، أو عن الثاني ، أو عن يليهم ، فلا شيء للباقيين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة في الميراث ، وهذا قول فقهاء المدينة ، ومالك ، والشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

والأصل في هذا ما روى عبد الله بن الزبير : أن رجلاً من الأنصار خاضع الزبير في شِراج^(١) الحرّة التي يسقون بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « اسقي يا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أُرْسِلِ الماءَ إِلَى جَارِكَ » فغضب الأنصاري ، وقال : يا رسول الله ، أن كان^(٢) ابن عمّتك ؟ فتلاون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم قال : « يَا زُبَيْرُ ، اسقي ثُمَّ أَحْبِسِ الماءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَذْرِ^(٣) » قال الزبير : فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ)^(٤) متفق عليه ، ورواه مالك في موطأه ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عبد الله بن الزبير ، وذكر عنه عبد الرزاق ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزهري ، قال : نظرنا في قول النبي صلى الله عليه وسلم « ثُمَّ أَحْبِسِ الماءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْجَذْرِ » فكان ذلك إلى السكعبين ، قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير ، والحرّة أرض مُلْتَبِسةٌ بِحِجَارَةٍ سَوْدٍ ، وَالْجَذْرُ الْجَدَارُ ، وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقي ، ثم يُرسل الماء تسهيلاً على غيره ، فلما قال الأنصاري ما قال استوعى^(٥) النبي صلى الله عليه وسلم الزبير حقّه .

وروى مالك في الموطأ أيضاً ، عن عبد الله بن أبي بكر ، بن حزم ، أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سَيْلٍ مَهْرُوزٍ وَمُذْنَبٍ : يُمْسِكُ حَتَّى السكعبين ، ثم يُرسل الأعلى على الأسفل . قال ابن عبد البر . هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة ، معمول به عندهم . قال عبد الملك بن حبيب : مهروز ، ومُذْنَبٍ ، واديان من أودية المدينة ، يسيلان بالمطر ، وتتنافس أهل الحوائط^(٦) في سَيْلِهِمَا .

(١) شراج : جمع شرج بفتح الشين وسكون الراء ، وهو مسيل الماء من الحرّة الى السهل . والحرّة الأرض المرتفعة : ويجمع على شروج . أبضا .

(٢) أن كان . معناها لأن كان ، وفيها معنى التعليل ، أي حكمت له لأن كان ابن عمّتك .

(٣) الجذر : بفتح الجيم وسكون الدال الحائظ (الجدار) .

(٤) بعض الآية ٦٥ من سورة النساء .

(٥) استوعى : وفاه حقّه ، ماخوذ من الوعاء الذي يملأ كاملاً ، يقال أوعى بمعنى ملاء الوعاء ، كما في قوله تعالى

(جمع فأوعى) يعني استوعب .

(٦) الحوائط : البساتين .

وروى أبو داود بإسناده ، عن ثعلبة بن أبي مالك : أنه سمع كبارهم يذكرون : أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة ، فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في سبيل مهزوز ، والسيل الذي يقتسمون ماءه ، فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبيين ، لا ينجس الأعلى على الأسفل ، ولأن من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق إلى الماء ، فكان أولى به ، كمن سبق إلى المشرعة^(١) .

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة ، منها مستعملة ، ومنها مستفيلة سقى كل واحدة منهما على حدتها ، وإن استوى اثنان في القرب من أول النهر اقسما الماء بينهما ، إن أمكن ، وإن لم يمكن أقرع بينهما ، فقدم من تقع له القرعة ، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم تركه للآخر ، وليس له أن يسقى بجميع الماء ، لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء ، وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق ، لا في أصل الحق ، بخلاف الأعلى مع الأسفل ، فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى ، فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قدم الماء بينهما على قدر الأرض ، لأن الزائد من أرض أحدهما مساوٍ في القرب ، فاستحق جزءاً من الماء ، كما لو كان لشخص ثالث .

وإن كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك ، أو سيل ، وجاء إنسان ليحجي مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم ، لأنهم أسبق إلى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ، ومراقبتها ، ولا يملك غيره ، بإبطال حقوقها ، وهذا من حقوقها ، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس لهم منعه ، لأن حقهم في النهر لا في الموات .

والثاني : لهم منعه ، لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقي ، لتقديمه عليهم بالقرب ، إذا طال الزمان ، وجعل الحال ، فإذا قلنا : ليس لهم منعه ، فسبق إنسان إلى مسيل ماء ، أو نهر غير مملوك ، فأحيا في أسفله مواتاً ، ثم أحيا آخر فوقه ، ثم أحيا ثالث فوق الثاني ، كان للأسفل السقي أولاً ، ثم الثاني ، ثم الثالث ، ويقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر ، لما ذكرنا .

(فصل - ل)

٤٢٩٤

الضرب الثاني الماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضاً قسمان .

أحدهما : أن يكون الماء مباح الأصل ، مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح ، فلم يتصل الحفر لا يملكه ، وإنما هو تحجر ، وشروع في الإحياء ، فإذا اتصل الحفر كل الإحياء ، وملكه ، لأن الملك بالإحياء أن تنتهي العارة إلى قصدتها ، بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك ،

(١) المشرعة : مكان ورود الماء والشرب منه .

وسواء أجرى فيه الماء ، أو لم يُجره ، لأن الإحياء يحصل بأن يُهَيَّئَهُ للانتفاع به ، دون حصول المنفعة ، فيصير مالكاً لقرار النهر ، وحافتيه ، وهوأؤه حق له ، وكذلك حريمه ، وهو مُلْتَقَى الطَّيْنِ من كلِّ جانب ، وعند القاضي : أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر ، وإنما هو حق من حقوق الملك ، وكذلك حريم البئر . وهذا مذهب الشافعي .

وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لصاحبه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ قَبْلَ لَهْ » وإحيائها أن يُحَوِّطَ عليها حائطاً ، أو يحفر فيها بئراً ، فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليتها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك .

فإذا تقرّر هذا فكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل ، والنفقة ، لأنه إنما ملك بالعمارة ، والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكنهم ، وتراضوا على قسمته بالمهاياة^(١) أو غيرها ، جاز ، لأنه حقهم ، لا يخرج عنهم ، وإن نشأوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم ، على قدر أملاكهم ، لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبة ، أو حجر مستوى الطرفين ، والوسط ، فيوضع على موضع مستوى من الأرض ، في مقدّم الماء ، فيه خُزُوز ، أو ثقب ميسورية في السعة ، على قدر حقوقهم ، يخرج من كل جزء ، أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به ، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك .

فإذا كان لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللآخر سدسه ، جعل فيه ستة ثقب ، لصاحب النصف ثلاثة ، نصب في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد ، وإن كان لواحد الخمسان ، والباقي لاثنتين ، يتساويان فيه ، جعل عشرة ثقب ، لصاحب الخمسين أربعة ، نصب في ساقيته ، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له ، فإن كان النهر لعشرة ، لخمس منهم أراض قريبة من أول النهر ، وخمس أراض بعيدة جعل لأصحاب القريبة خمسة ثقب ، لكل واحد ثقب ، وجعل للباقي خمسة تجرى في النهر ، حتى تصل إلى أرضهم ، ثم تقسم بينهم خمسة أخرى ، وإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ، ليقاسمه في موضع آخر لم يجز ، إلا برضاه ، لأنه يتصرف في ساقيته ، ويخرّب حافتها بغير إذنه ، ويخلط حقه بحق غيره ، على وجه لا يتميز ، فلم يجز ذلك ، ويحجى على قولنا : أن الماء لا يملك أن يحكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ، وأن الأسبق أحق بالسقي منه . ثم الذي يليه على ما ذكرنا ، لأنه غير مملوك ، فكان الأسبق إليه أحق به . كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، والله أعلم .

(١) المهاياة : أن يكون لكل شخص أو جماعة يوم أو أيام وللآخر أو الآخرين مثله أو مثله .

٤٢٩٥

(فصل)

وإذا حصل نصيب لإنسان في ساقية . فله أن يسقى به ماشاء من الأرض ، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر . أو لم يكن ، وله أن يعطيه من يسقى به ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : ليس له سقى أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء . لأن ذلك دال على أن لها قسماً من هذا الماء ، فربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك ، فيستضر الشركاء ، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ، ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى . فأراد تنفيذ إحداها إلى الأخرى . لم يجوز ، لأنه يجعل لنفسه استطرافاً من كل واحدة من الدارين .

ولنا : أن هذا ماء انفرد باستحقاقه ، فكان له أن يسقى منه ما شاء ، كما لو انفرد به من أصله . ولا سلم ما ذكره في الدارين ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك ، لأن الظاهر أن لكل دار سكاناً ، فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطرافاً إلى درب غير نافذ ، لم يكن لهم حق في استطرافه . وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة ، التي لا يشاركه غيره فيها .

فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته ، لم يتضرر بذلك أحد ، ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب ، فأحب أن يسقى بذلك الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر ، فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها ، وإن كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب منه ، بغير خلاف نعلمه ، فإن ضاق الماء قدم الأسبق ، فالأسبق ، على ما مضى .

٤٢٩٦

(فصل)

ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب ، من إجراء غير هذا الماء فيها ، أو عمل رعى عليها ، أو دولاب ، أو عبارة ، وهي خشبة تمتد على طرفي النهر ، أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات . لأنها ملكه لا حق لغيره فيها ، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك ، لأنه يتصرف في النهر المشترك ، وفي حريمه بغير إذن شركائه ، وقال القاضى في العبارة : هذا ينبنى على الروايتين : فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره ، والصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره ، لأن إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها ، لأنه يسقى عروق شجره ، ويشربه أولاً ، وآخر . وهذا لا ينفع النهر ، بل ربما أفسد حافتيه ، ولم يسق له شيئاً ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئاً ، يسقى به أرضاً في أول النهر ، أو غيره ، أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجوز ، لأنهم صاروا أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم ، ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف

في حافة النهر المملوك لغيره ، أو المشترك بينه ، وبين غيره ، ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح ، كالمطائر بمشش في ملك إنسان ، وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا .

(فصل)

٤٢٩٧

وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاجرة جاز ، إذا تراضوا به ، وكان حق كل واحد منهم معلوماً ، مثل أن يحملوا لكل حصّة يوماً ، وليلة ، أو أكثر من ذلك ، أو أقل ، وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال ، وللآخر من الزوال إلى الغروب ، ونحو ذلك جاز ، وإن قسموه ساعات ، وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم ، كطاسة مثقوبة ، تُترك في الماء ، وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعة ، وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين ، أو زجاجة فيها رمل ، ينزل من أعلاها إلى أسفلها في ساعة ، أو ساعتين ، ثم يقلبها ، فيعود الرمل إلى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار ، أو بميزان الشمس الذي تعرف به ساعات النهار ، أو بمنازل القمر في الليل ، ونحو ذلك ، جاز^(١) ، فإذا حصل الماء لأحدهم في نوبته ، فأراد أن يسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنساناً ، أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضي ، وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز ، لما تقدم في مثل ذلك .

وإن أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر ، يسقي به أرضه التي لها رسم شرب من هذا النهر ، أو أرضاً له أخرى ، أو سأل إنسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ، ليقاسمه إياه في موضع آخر ، على وجه لا يضرب بالنهر ، ولا بأحد جاز ذلك ، في قياس قول أصحابنا ، فإنهم قالوا فيمن استأجر أرضاً : جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور ، إذا كان فيها ، ولأنه مستحق لنفع النهر في نوبته ، بإجراء الماء ، فأشبه ما لو استأجرها لذلك .

(فصل)

٤٢٩٨

القسم الثاني : أن يكون منبع الماء مملوكاً ، مثل أن يشترك جماعة في استنباط عين ، وإجرائها ، فإنهم يملكونها أيضاً ، لأن ذلك إحياء لها ، ويشتركون فيها ، وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها ، وعملوا فيها ، كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا ، إلا أن المأء غير مملوك ، ثم لأنه مباح ، دخل ملكه ، فأشبه ما لو دخل صيد بستانه ، وههنا يخرج على روايتين : أصحابهما أنه غير مملوك أيضاً ، وقد ذكرنا ذلك .

(٢) يظهر أن ذلك كان قبل وجود الساعات الزمنية الموجودة عندنا الآن ، أو لأن معظم الناس في هذا الزمان لم يكونوا يستعملون الساعات التي بأيدينا الآن .

وعلى كل حال فاسكل أحد أن يستقي من الماء الجارى لشربه ، ووضوئه ، وغسله ، وغسل ثيابه ، وينتفع به فى أشباه ذلك ، مما لا يؤثر فيه من غير إذنه ، إذا لم يدخل إليه فى مكان يحوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ » : رَجُلٌ كَانَ يَفْضُلُ مَاءَ الْبَطْرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » رواه البخارى ، وعن بهية ، عن أبيها : أنه قال : يابى الله ، ما الشئ الذى لا يحل منعه ؟ قال « الماء » قال : يابى الله ، ما الشئ الذى لا يحل منعه ؟ قال « المِلْحُ » قال : يابى الله ، ما الشئ الذى لا يحل منعه ؟ قال « أَنْ تَفْعَلَ اتَّخِيرَ خَيْرٌ لَكَ » رواه أبو داود ، ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة ، وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما ما يؤثر فيه ، كسقى الماشية الكثيرة ، ونحو ذلك ، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك ، وإن لم يفضل لم يلزمه ، وقد ذكرنا ذلك فى غير هذا الموضع .

(فصل)

٤٣٩

إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة ، فإن أرادوا إكراهه ، أو سدّ بقی فيه ، أو إصلاح حائطه ، أو شئ منه ، كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه ، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل فى إكراهه ، وإصلاحه ، إلى أن يصلوا إلى الأول ، ثم لاشئ على الأول ، ويشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثانى ثم يشترك من بعده كذلك ، كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شئ ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى ذلك عن أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يشترك جميعهم فى إكراهه كله ، لأنهم ينتفعون بجميعة ، فإن ما جاوز الأول مصب لثائه ، وإن لم يسبق أرضه .

ولنا : أن الأول إنما ينتفع بالماء الذى فى موضع شربه ، وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه ، فلا يشاركهم فى مؤنته ، كما لا يشاركهم فى نفعه ، فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف ، فؤنة ذلك المصرف على جميعهم ، لأنهم يشتركون فى الحاجة اليه ، والانتفاع به ، فكانت مؤنته عليهم كلهم ، كأوله .

﴿مسألة﴾

٤٣٠٠

قال : ﴿ وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطاً ﴾ .

ظاهر كلام الخرقى : أن تحويط الأرض إحياء لها ، سواء أرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرة للغنم ، أو الخشب ، أو غير ذلك ، ونص عليه أحد فى رواية على بن سعيد ، فقال : الإحياء أن يحوط عليها حائطاً ، ويحفر فيها بئراً ، أو نهراً ، ولا يعتبر فى ذلك تسقيف ، وذلك لما روى الحسن ، عن سمره : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » رواه أبو داود ، والإمام أحمد فى مسنده ، ويروى عن جابر ، عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله ، ولأن الحائط حاجز منيع ، فكان

إحياء ، أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم ، ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به ، بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم ، فبناها بجص ، وأجر ، وقسمها بيوتاً ، فإنه يملكها ، وهذا لا يصنع للغنم مثله .

ولا بد أن يكون الحائط منيعاً ، يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البلدان ، فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها ، كأهل حوران ، وفلسطين ، أو بالطين ، كالغطائر لأهل غوطة دمشق ، أو بالخشب ، أو بالقصب ، كأهل الفؤر ، كان ذلك إحياء ، وإن بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي : في صفة الإحياء روايتان :

إحداها : ما ذكرنا .

والثانية : الإحياء ما تعارفه الناس إحياء . لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ، ولم يبيته ، ولا ذكر كفيته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف ، كما أنه لما ورد باعتبار القبض ، والحرز ، ولم يبين كفيته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو عاق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان ، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلما لم يبيته تعين العرف طريقاً لمعرفة ، إذ ليس له طريق سواه .

إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تُحيى داراً للسكنى ، وحظيرة ، ومزرعة ، فإحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للارتفاع الذي أريدت له . فأما الدار ، فبأن يبني حيطانها بما جرت به العادة ، وتسقيفها . لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها ، وليس من شرطها التسقيف ، لأن العادة ذلك من غير تسقيف ، وسواء أرادها حظيرة للماشية ، أو للخشب ، أو للحطب ، أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياء . لأنه ليس بحائط ولا حجارة إنما هو حفر ، وتخريب ، وإن حاطها بشوك ، وشبهه ، لم يكن إحياء ، وكان تحجراً . لأن المسافر قد ينزل منزلاً ، ويحوط على رحله بنحو من ذلك ، ولو نزل منزلاً ، فنصب به بيت شعير ، أو خيمة ، لم يكن إحياء .

وإن أرادها للزراعة ، فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها ، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء ، فبأن يسوق إليها ماء من نهر ، أو بئر ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها الكثرة أحجارها ، كأرض الحجاز ، فبأن يقطع أحجارها ، وينقيها ، حتى تصلح للزرع .

وإن كانت غياضاً ، وأشجاراً ، كأرض الشمري^(١) فبأن يقطع أشجارها ، ويؤزبل عروقها التي تمنع

(١) الشمري . جبل عند حرة بنى سليم .

الزراع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها ، كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء ، لكثرتها ، فأحيائها بسد الماء عنها ، وجعلها بحال يمكن زرعها . لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك ، في كل عام ، فكان إحياء ، كسوق الماء إلى الأرض التي لا ماء لها .

ولا يُعتبر في إحياء الأرض حرثها ، ولا زرعها ، لأن ذلك مما يكرر ، كلما أراد الانتفاع بها ، فلم يُعتبر في الإحياء ، كسقيها ، وكما سكنى في البيوت ، ولا يحصل الإحياء بذلك إذا فعله لجرده لما ذكرنا ، ولا يعتبر في إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت ، وبهذا قال الشافعي ، فيما ذكرنا في الرواية الثانية . إلا أن له وجهاً في أن حرثها ، وزرعها إحياء لها ، وأن ذلك مُعتبر في إحيائها ، ولا يتم بدونه ، وكذلك نصب الأبواب على البيوت . لأنه مما جرت العادة به ، فأشبهه التسقيف ، ولا يصح هذا ، لما ذكرنا ، ولأن السكنى ممكنة بدون نصب الأبواب ، فأشبهه تطيين سطوحها ، وتبييضها .

﴿ مسألة ﴾

٤٣٠١

قال ﴿ أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حوالها ، وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً ﴾ .

البئر العادية بشديد الماء ، القديمة ، منسوبة إلى عاد ، ولم يُرد عاداً بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول ، وكانت لها آثار في الأرض نُسب إليها كل قديم ، فشكل من حفر بئراً في موات للتمليك فله حريمها ، خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب ، ومن سبق إلى بئر عادية كان أحق بها ، أقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ ، وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعاً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ » نص أحمد على هذا في رواية حرب ، وعبد الله ، واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي ، وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها على الحقيقة ما يحتاج إليه في ترقية ماؤها منها ، فإن كان بدولاب فقدر مدة الثور أو غيره ، وإن كان بساقيه فقدر طول البئر ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « حَرِيمُ الْبُئْرِ مَدُّ رِشَائِهَا » أخرجه ابن ماجه . ولأنه المكان الذي تمشي إليه البهيمة ، وإن كان يستقي منها بيده فقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها ، وإن كان المستخرج عيناً فحريمها القدر الذي يحتاج إليه صاحبها للانتفاع بها ، ولا يستضر بأخذه منها ، ولو على ألف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرابته ، بحكم العرف في ذلك . لأن هذا إنما ثبت للحاجة ، فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع .

لأن أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « حَرِيمُ الْبُئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، لَأَعْطَانِ الْإِثْلَ وَالْفَنَمَ » وعن الشعبي مثله ، رواه أبو عبيد .

ولنا : ما روى الدارقطني ، وأخلاق بلاندا ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : حَرِيمُ الْبُئْرِ الْبَدْيِ^(١) خَمْسَ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبُئْرِ الْعَادِيَّ خَمْسُونَ ذِرَاعًا » وهذا نص . وروى أبو عبيد بإسناده ، عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال : السَّيِّئَةُ فِي حَرِيمِ الْقَابِ الْعَادِيَّ خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدْيِ خَمْسَ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَإِسْنَادُهُ عَنْ سَمِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ قَالَ : حَرِيمُ الْبُئْرِ الْبَدْيِ خَمْسَ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، مِنْ نَوَاحِيهَا ، كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بُرِّ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةَ ذِرَاعٍ ، مِنْ نَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبُئْرِ الْعَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، مِنْ نَوَاحِيهَا كُلِّهَا . ولأنه معنى يملك به الموات ، فلا يقف على قدر الحاجة ، كالحائط ، ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء ، فإنه يحتاج إلى ما حولها عَطْفًا لِإِبْلَاهِ ، وموفقًا لدوابه ، وغنمه ، وموضعًا يجعل فيه أحواضًا يسقى منها ماشيته ، وموفقًا لدوابه التي يستقي عليها ، وأشباه ذلك ، فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ، ورواهما أبو هريرة ، فيدل على ضعفه .

إذا ثبت هذا : فظاهر كلام الخِرَقِيِّ أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر ، وعند الشافعي ، والقاضي ليس بمملوك ، وقد سبق ذكر هذا .

(فصل)

٤٣٠٢

ولا بد أن يكون البئر فيها ماء ، وإن لم يصل إلى الماء ، فهو كالمشجرة الشارعة في الإحياء على ما قد مناه ؟ ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت ، وذهب ماؤها ، فجُدَّ حفرها ، وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرج ليكون ذلك إحياء لها ، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون ، فليس لأحد احتجاره ، ومنعه ، لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة ، التي يرتفع بها الناس ، وهكذا العيون التابعة ، ليس لأحد أن يختص بها ، ولو حفر رجل بئرًا للمسلمين ينتفعون بها ، أو لينتفع هو بها مدة إقامته عندها ، ثم بتركها لم يملكها ، وكان له الانتفاع بها . فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم ، كالمعادن الظاهرة ، وما دام مقيمًا عندها فهو أحق بها . لأنه سابق إليها ، فهو كالمشجرة الشارعة في الإحياء .

(١) البئر البدْي : أصلها البدْي ، فعمل بمعنى مفعول أى البئر المبدوءة أى المحفورة ابتداء ولم تكن قبل ذلك ، أما التي كانت موجودة قبل ذلك فتسمى البئر العادية نسبة إلى قوم عاد ، أى البئر القديمة ، وحريم كل من البئرين مختلف .

٤٣٠٣

(فصل)

وإذا كان لإنسان شجرة في مواتٍ فله حريمها قدر ما تُمَدُّ إليه أغصانها حواليتها ، وفي النخلة مَدُّ جريدتها ، لما روى أبو داود بإسناده ، عن أبي سعيد قال : اختَصِمَ إلى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة ، فأمر بجريده من جرائدها ، فذُرِعَتْ ، فكانت سبعة أذرع ، أو خمسة أذرع ، فقضى بذلك ، وإن غرس شجرة في مواتٍ فهي له ، وحريمها ، وإن سبق إلى شجر مباح ، كالزيتون ، والخروب ، فسقاها ، وأصلحه ، فهو أحق به ، كالمتحجر الشارع في الإحياء ، فإن طعمه ملكه بذلك ، وحريمه ، لأنه نهياً للانتفاع به لما يُراد منه ، فهو كسوق الماء إلى الأرض الموات ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » .

٤٣٠٤

(فصل)

ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر قريباً منها بئراً يفسرُق إليها ماء البئر الأولى ، فليس له ذلك سواء ، كان محطراً الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين ، حفر أحدهما في داره بئراً ، ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها ، فسرى إليها ماء الأولى ، أو كانتا في مواتٍ ، فسبق أحدهما ، فحفر بئراً ، ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً تجتذب ماء الأولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية . لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله ، وقال في الأولى : له ذلك . لأنه تصرف مباح في ملكه ، فجاز له فعله ، كتمليه داره ، وهكذا الخلاف في كل ما يُحدثه الجار بما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو تحاملاً يضر بعقار جاره ، بحمي^(١) ناره ، ورماده ، ودُخانهِ ، أو يحفر في أصل حائطه حُشاً^(٢) يتأذى جاره برائحته ، وغيرها ، أو يجعل داره مخبِزاً في وسط العطارين ، ونحوه ، مما يؤذى جيرانه ، فلا يحل له ذلك ، وقال الشافعي : له ذلك كله ، لأنه تصرف مباح في ملكه ، أشبه ببناءه ونقضه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ولأنه لإحداث ضرر بجاره ، فلم يجز ، كاللق الذي يهز الحيطان ، ويخرّبها ، وكإلقاء السماد ، والتراب ، ونحوه في أصل حائطه ، على وجه يضر به .

ولو كان لرجل مصنع^(٣) ماء ، فأراد جاره غرس شجرة تين ، أو نحوها ، مما تسرى عروقه ، فنشق حائطه مصنع جاره ، ويقلفه لم يملك ذلك ، وكان لجاره منه ، وقلعها إن غرسها ، ولو كان هذا الذي يحصل

(١) حمى : بفتح الحاء ، وسكون الميم مصدر حمت النار إذا اشتد حرها .

(٢) الحشى : بضم الحاء هو الرحاض .

(٣) مصنع الماء . مكان يجتمع فيه الماء كالخوض المعروف عندنا الآن .

منه الضرر سابقاً، مثل مَنْ له في ماله مدبغة^(١)، أو مقصرة^(٢)، فأحيا إنسان إلى جانبه مواتاً، وبناء داراً بتضرر بذلك لم يلزم إزالة الضرر بغير خلاف نعلمه، لأنه لم يحدث ضرراً، والله تعالى أعلم.

﴿مسألة﴾

٤٣٠٥

قال ﴿وسواء في ذلك ما أحياء، أو سبق إليه بإذن الإمام، أو غير إذنه﴾ .
وجملة ذلك: أن إحياء الموات لم يفتقر إلى إذن الإمام، وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وقال أبو حنيفة: يفتقر إلى إذنه، لأن للإمام مدخلاً في النظر في ذلك، بدليل أن من تحجر مواتاً فلم يحيه فإنه يطالبه بالإحياء، أو الترك، فافتقر إلى إذنه، كالبيت المال.

ولنا: عموم قوله عليه السلام «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا فَيْحَىٰ لَهَا» ولأن هذه عين مباحة، فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام، كأخذ الحشيش، والخطب، ونظر الإمام في ذلك لا يدل على اعتبار إذنه، ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الإمام أن يأخذ حاجته، وينصرف، ولا يفتقر ذلك إلى إذنه، وأما مال بيت المال فإنه هو مملوك للمسلمين، والإمام ترتيب مصارفه، فافتقر إلى إذنه، بخلاف مسألتنا، فإن هذا مباح، فمن سبق إليه كان أحق الناس به، كالحشيش، والخطب، والصيود، والثمار. المباحة في الجبال.

(فصل)

٤٣٠٦

فأما ما سبق إليه فهو الموات، إذا سبق إليه فتحجره كان أحق به، وإن سبق إلى بئر عادية، فشرع فيها يعمرها كان أحق بها، ومن سبق إلى مقاعد الأسواق، والطرق، أو مشاريع المياه، والمعادن الظاهرة، والباطنة، وكل مباح، مثل الحشيش، والخطب، والثمار المأخوذة من الجبال، وما ينزله الناس رغبة عنه، أو يضيع منهم مما لا تقيمه النفس للقطعة، واللقيط، وما يسقط من الثلج، وسائر المباحات، من سبق إلى شيء من هذا فهو أحق به، ولا يحتاج إلى إذن الإمام، ولا إذن غيره، لقول النبي صلى الله عليه وسلم «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» والله الموفق.

تم بحمد الله الجزء الخامس من كتاب المغني لابن قدامة، ويليه الجزء السادس، وأوله (كتاب الوقوف والعطايا) وكان تمام الجزء الخامس في السابع من شهر الحرم سنة ١٣٨٩هـ الموافق الخامس والعشرين من مارس سنة ١٩٦٩م، ونسأل الله التوفيق لإتمام ما بعده
د. طه الزيني

(١) مقصرة مصبغة.

فهرست الجزء الخامس من كتاب المغنى لابن قدامة

٣	كتاب الشركة — حكم مشاركة المسلم لليهودى والنصرانى
٤	شركة الأبدان جائزة
٥	حكم شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع
٦	الحكم إذا قال أحدهما : أنا أتقبل وأنت تعمل — كيف يقسم الربح في شركة الأبدان
٧	الحكم إذا عمل أحد الشريكين دون صاحبه — حكم اشتراك شخصين لكل منهما دابة
٨	حكم اشتراك القصار بأداته مع آخر بيئته
٩	الحكم إذا دفع رجل دابته لآخر ليعمل عليها
١٠	حكم قفيز الطحان — الحكم إذا كان لرجل دابة ولآخر إكاف وجوالقات
١١	إذا اشترك ثلاثة لأحدهم دابة ، وللآخر راوية ، والثالث بعمله
١٢	حكم اشتراك بدنين أو مالين أو مال وبدن ، أو مالان وبدن أو مالان وبدنان
١٣	يجوز جعل رأس المال الدرام والدنانير
١٤	حكم الفقرة كالحكم في العروض
١٥	حكم الشركة بالفلوس — هل يكون رأس مال الشركة مجهولا ؟ — هل يشترط اتفاق مالى
١٦	الشركة في الجنس ؟
١٧	هل يشترط تساوى مالى الشركة في القدر ؟ — هل يشترط اختلاط المالين — الحكم إذا وقعت
١٨	الشركة فاسدة .
١٩	شركة العمان مبنية على الوكالة — حكم مكانبة الرقيق وعتقه وتزويجه في الشركة
٢٠	هل لأحد الشريكين أن يبيع نساء
٢١	إذا أخذ أحد الشريكين مالا مضاربة — ما تبطل به الشركة
٢٢	إذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد — القراض — أجمع أهل العلم على جوازه
٢٣	اجتماع الشركة والمضاربة
٢٤	إذا اشترك أحدهما ببدنه والآخر بماله فهي مضاربة
٢٥	أنواع شركة المفاوضة

- صفحة
- ٢٣ الربح في جميع أقسام الشركة على ما اتفق عليه الشريكان أو الشركاء
- ٢٤ من شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل
- ٢٥ إذا دفع ماله لرجل على أن الربح كله للعامل كان قرضاً لا قراضاً
- ٢٦ يجوز أن يدفع مالا لائنين مضاربة — كما يجوز أن يدفع اثنان مالا لواحد
- ٢٧ الحكم إذا اشترطاً جزءاً من الربح لغير العامل — الوضعية على قدر المال
- الحكم إذا جعل لأحد الشركاء دراهم معلومة زيادة على نصيبه — إذا جعلاً لكل واحد ربح
- جزء من المال . أو ربح وقت معين من السنة .
- ٢٨ الحكم إذا باع المضارب نسبة
- ٢٩ هل يجوز لأحد الشركاء السفر بالمال ؟
- ٣٠ حكم المضارب حكم الوكيل — هل يجوز للمضارب البيع والشراء بغير نقد البلد ؟
- ٣١ هل المضارب أن يشتري المغيب — هل له أن يشتري من يعتق على رب المال ؟
- ٣٢ إذا اشترى المضارب امرأة رب المال — إذا اشترى المأذون له من يعتق على رب المال
- ٣٣ إذا اشترى المضارب من يعتق عليه
- ليس المضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال — وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة ،
- ٣٤ وليس لرب المال وطء أمة من المضاربة
- إذا أذن رب المال لعامل المضاربة في التسرى — ليس لها تزويج الأمة — ليس لعامل المضاربة
- ٣٥ أن يضارب مع آخر بمال المضاربة
- ٣٦ إذا أذن رب المال في دفعه جاز — ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله
- ٣٧ ليس له أن يشتري خمرًا ولا خنزيرًا — إذا ضارب لرجل لم يميز له المضاربة لآخر
- إذا دفع إليه ماله مضاربة واشترط النفقة — إذا أخذ من رجل مالا مضاربة ومن آخر بضاعة —
- ٣٨ إذا أخذ من رجل مائة مضاربة ومن آخر مثلها
- ٣٩ إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له
- ٤٠ على العامل أن يتولى عمله بنفسه — إذا سرق مال المضاربة أو غصب
- ٤١ ليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال
- إذا دفع إلى رجل مائة فخسر عشرة — هل يجوز أن يشتري رب المال لنفسه شيئاً من مال
- ٤٢ المضاربة — إذا اشترى المضارب لنفسه شيئاً

صفحة

- إذا اشترى أحد الشريكين من مال المشاركة شيئاً — إذا استأجر من الشريكين من صاحبه داراً ليحزر فيها مال الشركة — إذا اشترى سلعين فربح في إحداها وخسر في الأخرى ٤٣
- إذا دفع له ألفاً ثم دفع له ألفاً آخر وطلب ضم الألفين — إذا ربح المضارب وخسر مراراً ٤٤
- إذا قارض في مرضه صح — إذا مات رب المال قدمت حصة العامل على حصة الغرماء — إذا مات المضارب ولم تعرف عين مال المضاربة — لا يأخذ المضارب شيئاً من الربح إلا بإذن رب المال . ٤٥
- إذا طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال — ما تنفسخ به المضاربة ٤٦
- إذا انفسخ القراض والمال دين — ينفسخ القراض بموت أحد المتقارضين أو جنونه . ٤٧
- إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة ٤٨
- إذا اتفق المضاربان على أن الربح والخسارة عليهما — شروط المضاربة . وأقسامها ٤٩
- يصح تأقيت المضاربة — إذا اشترط المضارب نفقة نفسه ٥٠
- الشروط الفاسدة تنقسم قسمين ٥١
- في المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة — ينفذ تصرف العامل — والربح جميعه لرب المال — ٥٢
- لا ضمان على العامل فيما تلف بغير تعديده — هل يجوز المضاربة بدين على العامل — إذا قال : اقبض المال الذى على فلان ومضارب به ٥٣
- يشترط أن يكون رأس المال فى المضاربة معلوم القدر — هل يجوز المضاربة على أحد كيسين فى كل منهما مال معلوم — هل يجوز لصاحب الوديعة أن يجعلها مالا للمضاربة — هل يجوز المضاربة بالمال المنصوب . ٥٤
- المضارب أمين كالوكيل — إذا اختلف رب المال والعامل فى البيع نسيئة أو نقداً ، وفى مبلغ الشراء — إذا قال شرطت لى نصف الربح فقال بل ثلثه . ٥٥
- إذا ادعى العامل رد المال فأنسكرك صاحبه — إذا قال : ربحت ألفاً ثم خسرت — إذا اختلف رب المال والعامل فى أصل رأس المال . ٥٦
- إذا دفع لرجل مالا فربح واختلفا هل هو قرض أو قراض ؟ — إذا اشترط المضارب النفقة وادعى أنه أنفق من ماله — إذا كان عبد شركة بين جابين فبأيهما أحدهما بأسر الآخر ثم اختلفا ٥٧
- إذا غصب رجل نصيب شريك فى عبد — إذا كان لرجلين دين فقبض أحدهما جزءا منه ٥٩

صفحة

- ٦٠ حكم قسمة الدين في الذمم .
- ٦١ فصول في العبد المأذون له — الحكم إذا أذن له في التجارة — إذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه
- ٦٢ هل يبطل الإذن بالإبقاء ؟ — لا يجوز للمأذون له التبرع بهبة الدراهم .
- ٦٣ كتاب الوكالة — كل من جاز تصرفه بنفسه جاز أن بوكل غيره .
- للكتاب أن بوكل فيما يتصرف فيه بنفسه — يجوز التوكيل في البيع والشراء والمطالبة
- ٦٤ بالحقوق والعق والطلاق
- ٦٥ لا يصح التوكيل في الشهادة .
- ٦٦ هل يجوز التوكيل في استيفاء الحدود
- ٦٧ كل ما جاز التوكيل فيه جاز إستيفاؤه — لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول .
- ٦٨ يجوز تعليق الوكالة على شرط — يجوز التوكيل بأجر وبدونه .
- ٦٩ لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم .
- ٧٠ يجوز توكيل وكيلين لكل منهما الانفراد بالتصرف — ليس للوكيل أن بوكل فيما وكل فيه .
- إذا جاز للوكيل أن بوكل غيره اشترط أن بوكل أميناً — هل للموصى والقاضى التوكيل
- ٧١ في الموصى به وفي القضاء ؟
- التوكيل في النكاح — له التوكيل في تزويج موليته — هل ينعزل الوكيل الثانى بموت
- ٧٢ الوكيل الأول ؟ إذا وكل في الخصومة لم يقبل إقراره بقبض الحق
- ٧٣ يملك الوكيل في البيع عقد البيع وتسليم المبيع
- الحكم في التوكيل في البيع والقسمة والشفعة — الوكيل في شراء شيء يملك تسليم ثمنه —
- ٧٤ هل بقبض الوكيل الدين من وراث المدين ؟ الحكم إذا باع الوكيل شيئاً ثم ادعى تلف ثمنه —
- إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال — أن يختلفا في التلف — أن يختلفا في
- ٧٥ تعدى الوكيل أو تفريطه — أن يختلفا في التصرف
- ٧٦ أن يختلفا في الرد —
- ٧٧ إذا اختلفا في أصل الوكالة
- ٧٨ أن يختلفا في صفة الوكالة
- ٧٩ إذا اختلف الموكل والوكيل في بيع العبد نسيئة أو نقداً
- ٨٠ ثمن المبيع أمانة في يد الوكيل

صحة

- ٨١ إذا أمره بدفع مال لآخر فادعى أنه دفعه إليه
- ٨٢ إذا وكله في إبداع ماله فأودعه ولم يشهد .
- إذا ادعى رجل أنه ورث صاحب الحق — إذا امتنع من عليه الحق من دفعه حتى يشهد —
- ٨٤ حكم شراء الوكيل والوصى من نفسيهما
- ٨٥ الحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل
- هل للوكيل في التزويج أن يزوج ابنته الموكل ؟ الحكم إذا وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد . إذا أذن الموكل للوكيل أن يشتري من نفسه جاز — إذا وكل عبداً في أن يشتري نفسه من سيده
- ٨٦ إذا وكل عبده في إعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها . إذا وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين
- ٨٧ حكم شراء الرجل من مال طفله لنفسه ، وبيعه له من مال نفسه — ما فعله الوكيل بعد فسخ الوكالة أو موت الموكل باطل
- ٨٨ إذا طرأ على الوكيل ما يمنع تصرفه أو على الموكل
- ٨٩ لا تبطل الوكالة بالتمدى فيما وكل إليه — إذا وكل امرأته ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة
- ٩٠ حكم توكيل المسلم للكافر — إذا وكل رجلاً في نقل امرأته وكانت مطلقة . إذا تلفت العين التي وكل فيها بطلت الوكالة
- ٩١ حكم الوكالة المطلقة
- ٩٢ حكم ما لو اشترى الوكيل شيئاً غير ما وكل فيه
- ٩٣ حكم ما لو وكله في تزويج امرأة فتزوج له غيرها — حكم ما لو قال لرجل : اشتر بدني الذي عليك طعاما
- ٩٤ لا يملك الوكيل إلا ما نطق الموكل بالإذن فيه أو بالعرف — حكم التوكيل في عقد فاسد
- ٩٥ هل يملك الوكيل العقد على بعض ما وكل فيه ؟ حكم شراء الوكيل في الذمة — إذا أمره الوكيل بالشراء وبدرام أعطاه له
- ٩٦ يلتزم الوكيل بما حدده له الموكل من البيع بالنقد والحلول ، والفسيخة وغير ذلك — إذا باع سيئة بأقل من الثمن أو نحوه لم ينفذ بيعه
- ٩٧

صفحة

- ٩٨ إذا اشترى الوكيل نسيئته بأكثر من الثمن - ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل
- ٩٩ إذا باع الوكيل بأكثر مما حدده الوكيل صح - إذا باع نصف العبد بثمن السكل
- إذا اشترى عبداً بخمسين وقد حدد له الموكل مائة - إذا اشترى العبد الموصوف بأقل مما حدد له الموكل - إذا وكله في شراء شاة بدينارين فاشترى شاتين بهما
- ١٠٠ لا يجوز للوكيل إلا شراء السلعة سليمة
- ١٠١ إذا اشترى الوكيل سلعة عينها له الموكل فوجدها معيبة
- ١٠٢ ينتقل الملك من البائع إلى الموكل إذا اشترى الوكيل - إذا وهب البائع للوكيل شيئاً فهو الموكل
- ١٠٣ فصل في الشهادة على الوكالة - إذا اختلف الشاهدان في يوم التوكيل
- ١٠٤ لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد - يصح سماع البيعة بالوكالة على الغائب
- ١٠٥ تقبل شهادة الوكيل على موكله - إذا شهد مالكا الأمة أن زوجها وكل في طلاقها
- ١٠٦ إذا ادعى أحد رجلين أن الآخر وكله - إذا ادعى رجل أنه وكيل فلان الغائب
- ١٠٧ إذا ادعى رجل مالاً على غائب في وجه وكيله - إذا قال بع هذا الثوب بمشرة فما زاد فهو لك
- ١٠٨ كتاب الإقرار بالحقوق - لا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار
- ١٠٩ يصح الإقرار لسكل من يثبت له الحق
- ١١٠ إذا أقر لحل امرأة بمال - من أقر بشيء واستثنى من غير جنسه
- ١١٢ إذا استثنى عيناً من ورق - إذا ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر - يجوز استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه
- ١١٤ حكم الاستثناء بجميع أداوته - حكم الاستثناء بالإلا
- ١١٥ لا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً بالكلام - لا يصح استثناء السكل بغير خلاف
- ١١٦ إذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول - إذا قال : له هذه الدار سكنى أو عارية أو هبة كان إقراراً - من ادعى عليه شيء فقال : قضيته
- ١١٧ إذا قال : له على مائة وقضيته خمسين - إذا قال : كان له على ألف وسكت - إذا قال : له على ألف وقضيتها له .
- ١١٨ لا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلا في الحدود
- ١١٩ إذا قال : غصبت هذه الدار من زيد، ومالكها عمرو - إذا قال : غصبتها من أحدهما، وهي لأحدهما
- ١٢٠

صفحة

- ١٢١ إذا قال أحد هذين العيدين لزيد — إذا أقر لرجل بعبد ثم جاء به ، فاختلفا في عينه
- ١٢٢ إذا أقر بعشرة وسكت طويلاً ثم قال زيوفا
- ١٢٣ إذا أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة — إذا أقر بدراهم وأطلق ثم فسرهما بسكة البلد
- إذا قال : له على درهم كبير — إذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم — إذا قال : له على درهم ودرهم ،
أو درهم فدرهم ، أو ثم درهم
- ١٢٤ إذا قال : له على درهم بل درهمان أو لسكن درهمان
- ١٢٥ إذا قال : له على درهم قبله درهم — إذا قال : له على ما بين درهم وعشرة
- ١٢٦ إذا قال : له على دراهم — إذا قال : له على درهمان في عشرة
- ١٢٧ إذا قال : له على درهم في ثوب ، أو في كيس أو نحو ذلك — إذا قال : له عندي دار مفروشة
أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة
- ١٢٨ إذا قال : له على درهم أو دينار ، أو إما درهم ، وإما دينار — إذا أقر بشيء واستثنى أكثر
من نصفه
- ١٢٩ حكم استثناء النصف — إذا قال : له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين
- ١٣٠ إذا قال : له على ألف درهم إلا خمسين
- ١٣١ إذا قال : له على تسعة وتسعون درهماً — إذا قال : له على ألف درهم ، أو ألف وثوب
- ١٣٢ إذا قال : له عندي عشرة دراهم . ثم قال : ودبعة
- ١٣٣ إذا قال : له على ألف ، ثم قال : ودبعة
- ١٣٤ إذا أقر بألف وأحضرها ، ثم قال ودبعة — إذا قال : له في هذا العبد ، أو من هذا العبد ألف
- ١٣٥ إذا قال : له في مالي هذا ، أو من مالي هذا ألف ، وفسره بدين أو ودبعة ، أو وصية
- ١٣٦ إذا قال : له في هذا العبد شركة — فصل في الإقرار بالجهول
- ١٣٧ إذا أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره
- ١٣٨ إذا قال : له على أكثر من مال فلان — إذا قال : له على ألف إلا شيئاً
- ١٤٠ إذا قال : له على كذا بغير تكرير ولا عطف — أو بتكرير دون عطف — أو بعطف
دون تكرير
- ١٤١ إذا قال : غصبتك أو غبنتك — تقبل الشهادة على الإقرار بالجهول — إذا أقر برهن فقال
المالك : ودبعة
- ١٤٢

- صفحة
- ١٤٣ إذا قال: لك على ألف من عن مبيع لم أقبضه. إذا قال: بعثتك جاريتي هذه فقال: بل زوجتنيها -
- ١٤٥ إذا أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه - إذا اختلفا في غير المقر به - إذا أقر أحد الورثة بأخ أو أخت
- ١٤٦ إذا أقر جميع الورثة بنسب من يشاركونهم في الميراث
- ١٤٧ فصل في شروط الإقرار بالنسب
- إذا كان أحد الوالدين غير وارث ، إذا كان أحد الوارثين غير مكلف ، إذا أقر الوارث بمن يحجبه
- ١٤٨
- ١٤٩ إذا أقر الابن الوارث بأخ - إذا أقر الابن بأخوين
- إذا كان الوارث امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الأخ - إذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث
- ١٥٠
- إذا أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث - إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون
- ١٥١ إذا خلف رجلا وامرأة وابنا من غيرها فأقر الابن بأخ له
- إذا ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر - إذا أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج -
- إذا قدمت امرأة من بلاد الروم معها طفل فأقر به رجل - إذا أقر بنسب صغير لم يكن مقرراً بزوجية أمه
- ١٥٢
- ١٥٣ إذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد فأقر بأحدهم - إذا كان له أمتان لكل واحدة ولد وأقر بأحدهما
- ١٥٥ إذا أقر الوارث بدين على أبيه - إذا ادعى رجلان داراً بينهما فأقر المدعى عليه بنصفها
- كل من كان القول قوله فعليه نكاحه البين - إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة ، أو رهن وأقبض الرهن ثم أنكر
- ١٥٦ الحكم إذا أقر بدين في مرض موته لغير وارث - إذا أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثابت
- ١٥٧
- ١٥٨ إذا أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله - إذا أقر لاسرته بمهر مثلها
- ١٥٩ إذا أقر لوارث فصار غير وارث - إذا أقر لوارث وأجنبي
- هل يصح إقرار المريض بوارث؟ - يصح الإقرار من المريض بإحبال الأمة - فصل في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار
- ١٦٠

صفحة

- إذا قال : اقضنى الألف الذى لى عليك فقال نعم — إذا قال : اشتر عبرى هذا أو أعطنى
 ١٦١ عبرى هذا — إذا قال : لك على ألف إن شاء الله
- إذا قال لى عليك ألف فقال : أنا أقر
 ١٦٢
- كتاب العارية — العارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير
 ١٦٣
- إذا شرط نفي الضمان لم يسقط
 ١٦٤
- إذا انتفع بالعارية وردها على صفتها فلا شيء عليه
 ١٦٥
- هل يضمن ولد العارية ؟ يجب ضمان العين بمثلها — إذا كانت العين باقية فعلى المستعير ردها
 لا تصح العارية الا من جائز التصرف
 ١٦٦
- تجوز إعادة كل عين ينتفع بها انتفاعا مباحا مع بقائها على الدوام — لا يجوز إعاره العبد المسلم
 لكافر — تجوز الإعاره مطلقة ومقيدة
 ١٦٧
- إذا استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه أو بوكيله
 ١٦٨
- يجوز إعاره الشيء مع الإذن فى إيجارته أو إعارته — يجوز أن يستعير عبدا رهنه
 ١٦٩
- تجوز العارية مطلقة ومقيدة — اذا أطلق المدة فى العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع — إذا
 أعاره شيئا بتضرر المستعير بالرجوع فى اعارته
 ١٧٠
- إذا استعار دابة ليركبها جاز
 ١٧٢
- إذا انتفع بالمستعار ثم ظهر مملوكا لغير المعير لزم مثله . إذا حمل السيل بذر رجل إلى أرض
 غيره .
 ١٧٣
- إذا اختلف رب الدابة وراكبها هل هى عارية أو كراء
 ١٧٤
- إذا قال المالك : غصبتها وقال الراكب : بل أعرتها
 ١٧٦
- كتاب الغصب — تعريفه — دليل تحريمه
 ١٧٧
- بضمن ما تتأهل أجزاؤه وتقارب بمثله
 ١٧٨
- من غصب أرضا ففرسها
 ١٧٩
- إذا غرس فى أرض غيره بغير إذنه —
 ١٨٠
- حكم البناء فى الأرض بغير إذن مالئها — إذا غصب دارا فخصصها وزوقها
 ١٨١
- إذا غصب أرضا وكشط ترابها — إذا غصب أرضا فحفر فيها بئرا
 ١٨٢

صفحة

- الفصل الثالث : إذا الغاصب أجز الأرض التي غصبها — إذا باع الغاصب الأرض فبناها
من اشتراها ١٨٣
- الفصل الرابع : على الغاصب ضمان نقص الأرض — قدر الأرض قدر نصف القيمة في جميع الأعيان ١٨٤
- إذا غصب عبداً فجنى عليه جناية مقدرة القيمة ١٨٥
- إذا غصب عبداً فقطع آخر يده — إذا غصب عبداً فقطع أذنيه أو أنفه — إذا جنى العبد
المغصوب فضمانه على الغاصب ١٨٦
- إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته — إذا غصب عبداً فسمن سمناً تنقص به قيمته ١٨٧
- إذا نقص المغصوب نقصاً غير مستقر — إذا زرع الأرض غاصبها ١٨٨
- إذا كان الزرع مما تبقى أصوله في الأرض — إذا زرع الغاصب الأرض فأثمرت واستولى
على ثمرها ١٩٠
- إذا غصب شجراً فأثمر — إذا غصب أرضاً فما حكم دخول غيره إليها ؟ ١٩١
- إذا غصب عبداً أو أمة فزادت قيمته ثم نقصت ١٩٢
- إذا مرض المغصوب ثم برأ ، أو ذهب حسن الجارية ثم عاد ١٩٣
- زوائد الفصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الفصب — ليس على الغاصب ضمان النقص
بسبب تغير الأسعار ١٩٤
- إذا غصب شيئاً فشقه نصفين وكان الشق ينقص قيمته — إذا غصب ثوباً فلبسه فابلاه — إذا
غصب ثوباً فذهب ببعض أجزائه ١٩٥
- إذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري — إذا غصب حنطة فطحنها
أو شاة فذبحها وشواها أو نحو ذلك ١٩٦
- إذا غصب حباً فزرعه — إذا غصب دراهم أو دنانير فخلطها بمثلها لشخص آخر — إذا غصب
عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً ١٩٨
- حكم من غصب جارية فوطئها وأولدها ١٩٩
- حكم هذا الغاصب إذا كان جاهلاً بالتحرير ٢٠٠
- إذا باع الغاصب الجارية فوطئها المشتري وأولدها ٢٠١
- حكم من أكره امرأة على الزنا وحكم هذه المرأة المستكرهة — هل يجوز أن يؤجر الغاصب
المغصوب — إذا أودع المغصوب أو وكل في بيعه فتلف عند المودع أو الوكيل ٢٠٣

صفحة

- ٢٠٤ إذا أعار العين المفصوبة فتلفت عند المستعير — إذا وهب المفصوب لعالم بالفصب
تصرفات الفاصب كتصرفات الفضولى — إذا غصب أثماً فأتجر فيها أو عروضاً فباعها
وأتجر بأثمنها — حكم من غصب شيئاً ولم يقدر على رده
- ٢٠٥ إذا غصب عَصيراً فصار خراً
- ٢٠٦ إذا غصب شيئاً فوجده ماله مع غاصبه في بلد آخر — إذا غصب حاملاً فولدت في يده
ثم مات الولد
- ٢٠٧ إذا كان المفصوب من المثليات وجب رد مثله
- ٢٠٨ إذا كان المفصوب أجرة وجب رده وأجر مثله
- ٢٠٩ إذا غصب شيئاً فشغله بملكه
- ٢١٠ إذا غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يمكن خروجه من الباب
- ٢١١ إذا غصب جوهرة فابتلعها بهيمة
- ٢١٢ إذا غصب ديناراً فوقع في محبرته — إذا غصب لوحاً فرقع به سفينة — إذا غصب شيئاً فخلطه
بما يمكن تمييزه منه
- ٢١٣ الضرب الثانى والثالث والرابع خلطه بخير منه أو دونه أو بغير حقه
- ٢١٤ إذا غصب ثوباً فصبغة فهو على ثلاثة أقسام
- ٢١٥ إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره
- ٢١٨ إذا اختلف المالك والفاصب في قيمة المفصوب
- ٢١٩ إذا باع عبداً فادعى إنسان أنه مفصوب منه
- ٢٢٠ إذا كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك — إذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى
إنى فعلت ذلك قبل أن أملكه — إذا جنى العبد المفصوب جناية أوجب القصاص
- ٢٢١ حكم إتلاف الخمر والخنزير للذى
- ٢٢٢ إذا غصب من ذمى خراً
- ٢٢٣ إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه — إذا كسر صليبا أو مزماراً — إذا كسر آنية من ذهب
أو فضة — إذا كسر آنية الخمر
- ٢٢٤ هل يثبت الفصب فيما ليس بمال ؟ أم الولد مضمونة بالفصب
- ٢٢٥

- صفحة
- ١٢٦ إذا فتح قفصا على طائر فطار — إذا حل إناء فيه مائع فاندفق
- ٢٢٧ إذا حل رباط سفينة فذهبت — إذا أوقد نارا فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقها
- إذا ألفت الريح إلى داره ثوب غيره — إذا أكلت بهيمة حشيش قوم وصاحبها معها —
- ٢٢٨ إذا شهد بالنصب شاهدان واختلفا في يوم النصب
- ٢٢٩ كتاب الشفعة — تعريفها ودليلها — لا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم
- ٢٣٢ الشرط الثانى أن يكون المبيع أرضا
- ٢٣٣ الشرط الثالث أن يكون المبيع مما يمكن قسمته
- ٢٣٤ الشرط الرابع أن يكون شقصا منتقلا بعوض
- ٢٣٥ المنتقل بعوض ينقسم قسمين : ما عوضه المال ، وما عوضه غير المال
- ٢٣٦ إذا صالحه على شقص عن جنايتين عمد وخطأ — لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضاءه
- ٢٣٧ بيع المريض كبيع الصحيح
- ٢٣٩ يملك الشفيع الشقص بكل لفظ يدل على أخذه — يأخذ الشفيع الشقص من يد المشتري —
- ٢٤٠ الحكم إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري
- ٢٤١ من لم يطالب بالشفعة في وقت علمه فلا شفعة له
- ٢٤٢ إذا أخبره بالمبيع مخبر فصدقه
- إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع به العقد — إذا لقي الشفيع المشفوع منه في غير بلده
- ٢٤٣ فلم يطالبه
- إذا قال الشفيع المشتري بعنى ما اشتريت أو قاسمى فيه — إذا قال الشفيع — آخذ نصف الشقص
- ٢٤٤ — إذا أخذ الشقص بثمان مفسوب — من وجبت له الشفعة فباع نصيبه
- ٢٤٥ إذا علم الشفيع بالبيع وقت حضوره وكان غائبا
- ٢٤٦ إذا علم وهو في السفر ولم يشهد
- ٢٤٧ إذا أشهد على المطالبة ثم آخر القدوم مع إمكانه — من كان مريضا لا يمنع المطالبة —
- ٢٤٨ إذا لم يعلم حتى تباع المشفوع ثلاثة أو أكثر
- إذا وقف المشتري الشقص أو رهنه ، أو جعله مسجدا — إذا جعله صداقا أو عوضا في
- ٢٤٩ خلع أو صلح

- صفحة
- ٢٥٠ إذا اشترى شقصا بعبء ثم ظهر بالعبء عيب
- إذا كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا — إذا اشترى شقصا بعبء أو ثمن معين فخرج مستحقا — حكم الإزالة إذا ثبتت الشفعة
- ٢٥١ للصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة
- ٢٥٢ يلزم الولي الأخذ بالشفعة إذا كانت في مصلحة الصبي — حكم الجنون المطبق كحكم الصبي — حكم المكاتب في الشفعة
- ٢٥٣ إذا بيع شقص في مال المضاربة فللمامل أخذه إذا كان فيه حظ — لا شفعة بشركة الوقف — إذا بنى المشتري في الشقص المشفوع أو غرس فيه .
- ٢٥٥ الحكم إذا زرع المشتري في الأرض — إذا نوى المبيع في يد المشتري — إذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري
- ٢٥٧ إذا كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك
- ٢٥٨ يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد
- ٢٥٩ إذا كان الثمن مقوما اعتبرت قيمته وقت البيع — إذا كان الثمن مؤجلا أخذه الشفيع بذلك الأجل — حكم ما إذا باع شقصا مشفوعا ومعه غير مشفوع
- ٢٦٠ إذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة — لا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن
- ٢٦١ لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة
- ٢٦٢ إذا اختلفا في الثمن قال قول المشتري
- ٢٦٤ إذا قال المشتري : لا أعلم مبلغ الثمن — إذا اشترى شقصا بعرض واختلفا في قيمته — إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء حق الشفعة
- ٢٦٥ إذا قال : اشتريته لفلان استدعاه الحاكم — إذا كانت دار بين غائب وحاضر
- ٢٦٦ إذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه — إذا ادعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته — إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده .
- ٢٦٧ إذا اختلف المتبايعان في الثمن — إذا اشترى شقصا له شفيهان
- ٢٦٨ إذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها
- ٢٦٩

صفحة

- ٢٧٠ إذا ورث أخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين
- ٢٧١ إذا كان المشتري شريكاً فلا شفع للآخر أن يأخذ بقدر نصيبه
- ٢٧٢ إذا ترك أحدهما شفيعته — إذا كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة
- ٢٧٣ إذا حضر الثاني بعد أخذ الأول
- إذا أخذ الأول الشقص بالشفعة فقدم الثاني — إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً فلا شفع لأخذ نصيب أحدهما دون الآخر — إذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة
- ٢٧٤ إذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فباع ثلاثة منهم ولم يع — لم شريكهم الرابع ، ولا بعضهم ببيع بعض .
- ٢٧٥ إذا باع نصف الشقص ، ثم باع بقیته للمشتري الأول
- ٢٧٦ إذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه — عهدة الشريك على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع
- ٢٧٧ حكم الشفع في الرد بالعيب حكم المشتري — الشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها —
- ٢٧٨ إذا أشهد الشفع على مطالبته ثم مات
- ٢٧٩ إذا بيع شقص له شفعان فمعا أحدهما — إذا مات مفلس وله شقص فباع شريكه — إذا اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات
- ٢٨٠ إذا اشترى شقصاً ثم ارتد فمات أو قتل — إذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف
- ٢٨١ إذا أذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة — إذا أذن لموكل الشفع في البيع لم تسقط شفيعته
- ٢٨٢ إذا ضمن الشفع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختر إمضاء العقد — إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكهم بألف ، فاشترى به نصف نصيب الثالث —
- ٢٨٣ إذا كانت دار بين ثلاثة أنلثا فاشترى أجنبي نصيب أحدهم
- ٢٨٤ إذا قال أحد الشريكين للمشتري: شراؤك باطل ، إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى
- ٢٨٥ إذا كانت دار بين ثلاثة أنلثا فباع أحدهم نصيبه لأجنبي
- ٢٨٦ إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ، وليكر سدسها
- ٢٨٧ إذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب الثالث

صفحة

- ٢٨٨ لا شفعة لكافر على مسلم - وثبتت للذمي على الذمي
- ٢٩٠ كتاب المساقاة - تعريفها - ودليلها
- ٢٩١ تجوز المساقاة في النخل والشجر والسكرم بجزء معلوم
- ٢٩٢ حكم مالا ثمر له من الشجر - إذا ساقاه على ثمرة موجودة
- ٢٩٣ إذا كان في البستان شجر من أجناس
- إذا كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحدا - إذا ساقاه ثلاث سنين - إذا قال صاحب البستان:
- ٢٩٤ لي ربع الحنطة وثلاث الشعير ونصف الباقي
- إذا ساقاه على أنه إن سقى سيجعا فله الثلث وإن سقى بكلفة فله النصف - إذا ساقى أحد الشريكين
- ٢٩٥ شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه
- ٢٩٦ تصح المساقات على البعل من الشجر وغيره - لا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية
- ٢٩٧ تصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها - يلزم العامل في المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها
- ٢٩٨ الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل - إذا شرط أن يعمل معه غلمان رب المال
- إذا شرط العامل أجر الأجراء الذين يستعين بهم من الثمرة - ظاهر كلام أحمد أن المساقاة
- ٢٩٩ والمزارة من العقود الجائزة
- ٣٠١ لا يثبت في المساقاة خيار الشرط
- ٣٠٢ المساقاة لا تتحدد بمدة بل يجوز فسخها في أي وقت .
- إذا هرب العامل فلرب المال الفسخ - العامل أمين وقوله مقبول فيما يدعيه من هلاك الثمرة
- ٣٠٣ إذا عجز العامل مع أمانته ضم إليه غيره - إذا اختلفا في الجزء المشروط للعامل
- ٣٠٤ يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها
- إذا ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال - لا يجوز أن يجعل للعامل فضل دراهم -
- ٣٠٥ إذا ساقى رجلا أو زارعه لم يجز للعامل مساقاة غيره على نفس الأرض
- ٣٠٦ إذا ساقاه على ودى النخل وصغار الشجر - إذا ساقاه على شجر يعمل فيه حتى يحمل
- ٣٠٧ إذا ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل
- ٣٠٩ باب المزراعة - تجوز المزراعة ببعض ما يخرج من الأرض - معنى المزراعة ودليلها
- ٣١٠ عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خير بالشرط

- ٣١١ ما ورد من النهى عن المزارعة
- ٣١٢ إذا ساقاه على الشجر وزارعه على بياض الأرض
- ٣١٣ إذا زارعه على أرض فيها ثمرات بسيرة - إذا أجره بياض أرض وساقاه على الشجر - يشترط أن يكون البذر من رب الأرض
- ٣١٤ إذا كان البذر من العامل ورب الأرض نصفين - إذا قال صاحب الأرض : أجرتك نصف أرضى بنصف بذرك - إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي
- ٣١٥ إذا زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه - الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين - إذا دفع رجل بذره الى صاحب الأرض على أن ما يخرج بينهما .
- ٣١٧ إذا اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر والعمل
- ٣١٨ إذا زارع رجلاً وأجره أرضه - فصل في اجارة الأرض - إيجارها بالذهب والورق
- ٣١٨ إيجارها بالطعام ثلاثة أقسام : بطعام غير الخارج منها - بطعام من جنس ما يخرج منها - بجزء مشاع مما يخرج منها
- ٣٢١ كتاب الإيجارات - الأصل في الإجارة
- ٣٢٢ اشتقاق الإجارة من الأجر - وهى نوع من البيع - لا تصح إلا من جائز التصرف - يملك المستأجر المنافع بعقد الإجارة
- ٣٢٣ الحكم إذا استأجر سنة هلالية - إذا استأجر سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية
- ٣٢٤ لا يشترط أن يلى الانتفاع عقد الإجارة - لا حد لأقصى مدة الإجارة
- ٣٢٥ الإجارة على ضربين
- ٣٢٦ حكم من استأجر دابة إلى العشاء
- ٣٢٧ إذا اكترى فسطاطاً إلى مكة - يشترط كون العوض معلوماً - كل ما جاز ثمناً في البيع جاز عوضاً في الإجارة
- ٣٢٨ إذا استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمة بجلدها - إذا استأجر راعياً لغنم بثلث درهما ونسلها وصوفها - الحكم الرابع : يملك المستأجر المنافع مدة الإجارة
- ٣٢٩ الحكم الخامس - يملك المؤجر الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق
- ٣٣٠ الحكم السادس : إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله

سنة

- ٣٣١ إذا استوفى المستأجر المفاع استقر الأجر — إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشئ معلوم
- ٣٣٢ إذا أجر داره عشرين شهراً كل شهر بدينار — الإجارة عقد لازم من الطرفين
- ٣٣٣ إذا أراد المستأجر فسخ العقد لزمه الأجر — حكم إجارة العقار
- ٣٣٤ كره أحد كراء الحمام — لا يتصرف مالك العقار فيه إلا بعد انتهاء عقد الإجارة
- إذا أخرج المالك المستأجر قبل انتهاء عقد الإجارة — إذا هرب الأجير أو سرقت الدابة ،
أو هرب المؤجر بالعين
- ٣٣٥ إذا فسخ المستأجر العقد لعذر قاهر
- ٣٣٦ القسم الثانى أن يحدث على العين ما يمنع نفعها
- ٣٣٧ القسم الثالث أن تنصب العين المستأجرة — القسم الرابع أن يقعد استيفاء المنفعة من العين -
- القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكى ذلك المكان
- ٣٣٨ إذا وجد فى العين المستأجرة عيباً لم يكن رآه أو علمه
- ٣٣٩ وعلى المكسرى ما يمكن به المكسرى من الانتفاع — إن شرط على مكسرى الحمام أو غيره
- مدة أن تعطيله عليه — إن شرط الإتفاق على العين النفقة الواجبة
- ٣٤٠ حكم استئجار الآدى
- ٣٤١ يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقو، — يجوز الاستئجار لضرب اللبن
- ٣٤٢ يجوز الاستئجار للبناء — يجوز الاستئجار لتطيين السطوح والخيطان — يجوز استئجار
- ٣٤٣ ناسخ لينسخ له كتب فقه أو نحوها
- يجوز الاستئجار لكتابة المصحف — يجوز الاستئجار لحصاد الزرع — يجوز الاستئجار
- ٣٤٤ لاستيفاء القصاص
- ٣٤٥ يجوز الاستئجار للدلالة على الطريق — يجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ونحوها
- ٣٤٦ يجوز الاستئجار لبيع الثياب — يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشئ
- ٣٤٧ لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين — إذا مات المكسرى وليس له وارث يقوم مقامه
- إذا مات مؤجر الوقف فى أثناء مدة الإجارة — إذا أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ
- ٣٤٨ فى أثناءها
- ٣٤٩ إذا أجر عبده مدة ثم أعتقه فى أثناءها

صفحة

- ٣٥٠ إذا أجر عينا ثم باعها — إذا اشتراها المستأجر صح البيع
- ٣٥١ اشترى إذا المستأجر العين المستأجرة — إذا اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة
- ٣٥٢ إذا وقعت الإجارة على عين — من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكنه غيره
- ٣٥٣ إذا اكترى داراً جاز إطلاق العقد — إذا اكترى ظهراً فله أن يركبه ويركبه مثله
- يجوز اشتراط استيفاء المنفعة المستأجر فقط . يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها
- ٣٥٤ يجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة
- ٣٥٥ كل عين استأجرها لمنفعة فله استيفاء مثلها
- ٣٥٦ لا يجوز المدول عما اتفقا عليه في العقد — يجوز أن يكتري قميصاً ليلبسه — يجوز استئجار الأرض
- ٣٥٧ إذا أكرى الأرض للغراس — لا تخلو الأرض من قسمين
- ٣٥٩ إذا اكترى أرضاً غارقة بالماء
- ٣٦٠ إذا غرق الزرع أو هلك بحريق أو غيره — إذا استأجر أرضاً للزراعة مدة فاقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده
- ٣٦١ إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها
- ٣٦٢ إذا أجر الأرض للغراس سنة
- ٣٦٣ يجوز استئجار الأجير بطعامه وكسوته
- ٣٦٤ إذا شرط الأجير نفقة وكسوة معلومة
- ٣٦٥ إذا استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه — إذا أراد الأجير أن يستفضل شيئاً من طعامه — إذا قدم إليه طعاماً فنهب — إذا دفع لرجل ثوباً وقال له : بهه بكذا فما زاد فهو لك
- ٣٦٦ يجوز حصد الزرع وصرم النخل ببعض ما يخرج منه — يجوز استئجار الظئر للارضاع
- ٣٦٧ يشترط لاستئجار الظئر أربعة شروط
- ٣٦٨ على الموضع أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به — يجوز تأجير الأمة والمديرة وأم الولد — يجوز للرجل استئجار أمته ، وأخته وابنته لرضاع ولده
- ٣٦٩ بنفسه الإجارة بموت المرضعة — يستحب أن تعطى المرضعة — عند الفطام عبداً أو أمة
- ٣٧٠

صفحة

- ٣٧١ من استأجر دابة لمسافة فزاد عنها فعليه أجر الزيادة — يضمن الدابة المستأجرة إذا تلفت
- ٣٧٢ لا يسقط الضمان بردها إلى المسافة المذكورة في العقد
- إذا اكترى لمحولة شيء فزاد عليه فحكمه حكم من زاد على المسافة — الحكم إذا استأجر
- ٣٧٣ أرضاً لزراعة الشعير فزرع حنطة
- ٣٧٤ إذا سلك بالدابة أشق الطرق — إذا اكترى لحمل قفيزين فحمل ثلاثة
- ٣٧٥ لا يجوز أن يكثرى لمدة غزوه — إذا سعى لكل يوم شيئاً معلوماً جاز
- ٣٧٦ الحكم إذا قال : ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وان خطته غداً فلك نصف درهم
- إذا قال ان خطته رومياً فلك درهم ، وان خطته فارسياً فلك نصف درهم — إذا استأجر
- من حمال الى مصر بأربعين ، فإن نزل دمشق فبثلاثين — فصل في مسائل الصبرة وفيها
- ٣٧٧ عشر مسائل
- ٣٧٩ تجوز إجارة الإبل إلى مكة وغيرها
- ٣٨٠ إذا كان الطريق محدداً فلا يشترط تقدير السير
- إذا اشترط حمل زاد مقدر كائة رطل — إذا اكترى جملاً ليحج عليه — ما يلزم المكترى
- ٣٨١ والمكترى
- إذا لم يقدر الراكب على الركوب والبعير قائم — إذا اكترى ظهراً في طريق العادة فيه
- ٣٨٢ النزول والمشى عند اقتراب المنزل — إذا هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها
- ٣٨٤ يصح كرار العقبة أى أن يركب شيئاً ويمشى شيئاً — معرفة الراكبين بالوصف تقوم مقام الرؤية
- ٣٨٥ يجوز اكتراء الإبل والدواب للحمولة
- ٣٨٦ يجوز كراء الدابة للعمل
- ٣٨٧ يجوز استئجار البهيمة لإدارة الرعى — يجوز أن يكثرى البهيمة بآلتها
- ٣٨٨ إذا اكترى حيواناً لعمل لم يخلق له — يضمن الصانع المشترك ما حدث في السلعة من يده
- ٣٨٩ يضمن الأجير المشترك إذا كان يعمل في ملك نفسه
- لا ضمان على المسكارى فيما تلف من سوقه وقوده — الأجير الخاص هو الذى يستأجر مدة معلومة
- ٣٩٠ إذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً — إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله — إذا نسج
- ٣٩١ الصانع الغزل زائداً عن طلب صاحبه

صفحة

- ٣٩٢ إذا دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه قيصاً - إذا طلب صاحب الثوب قيص رجل نغاطه قيص امرأة
- ٣٩٣ إذا اختلفا فيما طلبه صاحب الثوب - إذا اختلف الزوجان في متاع البيت
- ٣٩٤ من استؤجر على عمل في عين في يده أو يد صاحبها - لو استأجر من يبنى له حائطاً في داره
- إذا تلفت السلعة عند الأجير من حرز مثلها - إذا حبس الصانع الثوب بعد عمله - إذا أخطأ
- ٣٩٥ القصار فدفع الثوب إلى غير صاحبه
- ٣٩٦ العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر - إذا شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين
- ٣٩٧ هل يضمن العين إذا كانت الإجارة فاسدة ؟ للمستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة
- حكم ضمان الحجام والختان والمتطبب - إذا ختن صبياً بغير إذن وليه - يجوز الاستئجار على
- ٣٩٨ الختان ، والمداواة وقطع السلعة - حكم أجر الحجام
- ٣٩٩ لماذا كره النبي صلى الله عليه وسلم أجر الحجام - حكم أكل كسب الحجام
- ٤٠٠ حكم استئجار الحجام لغير الحجام - يجوز أن يستأجر كحالاً ليسكحل عينه
- إذا استأجره مدة ليسكحل عينه فلم تبرأ - يجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه - يجوز أن يستأجر
- ٤٠١ من يقلع ضرسه ، إذا بذل الأجير نفسه فلم يمكنه المستأجر
- ٤٠٢ لا ضمان على الراعي إذا لم يتعد - لا يصح العقد في الرعى إلا على مدة معلومة
- ٤٠٣ فصل فيما تجوز إجارته
- تجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلى بها - يجوز استئجار شجر ونخيل ليجفف عليها
- ٤٠٤ الثياب
- يجوز استئجار غنم لمدوس له طيناً أو زرعاً - يجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل -
- تجوز إجارة الحائط لوضع خشب عليها - يجوز استئجار دار ليتخذها مسجداً يصلى فيه -
- ٤٠٥ يجوز استئجار البئر ليستقى منها أياماً معلومة
- يجوز استئجار الفهد والبازى والصقر للصيد - ما لا تجوز إجارته أقسام - لا يجوز إجارة
- ٤٠٦ الفحل للضراب
- ٤٠٧ القسم الثانى ما منفعة محرمة - حكم الاستئجار على كتابة شعر محرم ، وبدعة
- يكره أن يؤجر الرجل نفسه - كسح الكف - لا يجوز إجارة دار المسلم لتكون كنيسة
- ٤٠٨ أو لبيع الخمر - القسم الثالث ما يحرم بيعه غير الخمر

سنة

٤٩

حكم إجارة المصحف

لا يجوز إجارة المسلم لخدمة الذمى - حكم إجارة الديك لإبقاظه - القسم الرابع : القرب التى يختص فاعلها بكونه من أهل القرية

٤١٠

٤١١

حكم أخذ الأجر على التعليم

٤١٢

إذا أعطى المعلم شيئاً من غير شرط

٤١٣

ملا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية - إذا اختلفا فى قدر الأجر

٤١٤

إذا اختلفا فى المدة - إذا اختلفا فى التمدى فى العين المستأجرة

إذا دفع ثوبه للخياط أو القصار بدون عقد أو شرط - إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً

٤١٥

إلى مكة

٤١٦

كتاب إحياء الموات - من أحيأ أرضاً لم تملك فهى له - الموات قسمان

النوع الثانى ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلى - لافرق بين دار الحرب ودار الإسلام فى

٤١٧

أحكام إحياء الموات

٤١٨

لا فرق بين المسلم والذمى فى إحياء الموات - لا يجوز إحياء ما قرب من العمار وتعلق بمصالحه -

٤١٩

جميع البلاد سواء فى أحكام إحياء الموات المفتوحة عنوة والذى أسلم عليها أهلها

٤٢٠

لا يملك الموات بتحصيره - إذا سبق غير المتحجر إلى إحياء الموات المتحجر

٤٢١

للإمام إقطاع الموات أن يحببه - لا يجوز إقطاع الماء والمالح ونحوهما مما تعم منفعته

٤٢٢

حكم المعادن كالذهب والحديد والرصاص إذا كانت ظاهرة أو باطنة

الحكم إذا ظهر معدن فى الأرض الميتة التى أحيأها أحد الناس - إذا شرع إنسان فى حفر

٤٢٣

ولم يصل إلى النّيل

إذا كان فى الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن - من ملك معدن فعل فيه غيره

٤٢٤

بغير إذنه

إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع فى دور كذا بدينار ، حكم من سبق فى الموات إلى

٤٢٥

معدن ظاهر أو باطن - حكم مانضب عنه الماء من الجزائر

ما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد إحيأؤه - فصل فى

٤٢٧

القطائع وهى ضربان : إقطاع وإرفاق

- صفحة
- ٤٢٨ الثاني إقطاع موات من الأرض لمن يحياها
ليس للإمام إقطاع مالا يجوز إحياءه من المعادن — لا ينبغي للإمام أن يقطع إلا لمن يمكنه
الإحياء — فصل في الحمى
- ٤٤٩ حمى العرب في الجاهلية — الحمى في الإسلام
- ٤٣٠ ما حماه النبي صلى الله عليه وسلم فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع الحاجة إليه . فصل في
أحكام المياه — الماء الجارى ضربان — النهر العظيم النهر الصغير
- ٤٣١ خصام رجل من الأنصار للزبير في شراج الحرة
- ٤٣٢ إذا كانت الأرض العالية مختلفة منها مستعملة ومنها مستغلة — الضرب الثانى : الماء الجارى
في نهر مملوك وهو قسمان : مباح الأصل .
- ٤٣٣ إذا حصل نصيب إنسان في ساقية — لكل واحد أن يتصرف في ساقيته كما أحب
- ٤٣٤ إذا قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز — القسم الثانى أن يكون منبع الماء مملوكا
- ٤٣٥ إذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة — إحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا
- ٤٣٦ لا بد أن يكون الحائط منيعا — الأرض تحمي دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة ، ولكل نوع
طريقة في إحيائه
- ٤٣٧ إذا حفر بئرا في الأرض — البئر العادية ، والبئر المبتدأة
- ٤٣٨ إذا لم يصل إلى الماء فهو كالمتهجر
- ٤٣٩ إذا كان لإنسان شجرة في موات فله حريمها — لا يجوز الحفر بجوار بئر ينسرق ماؤها إلى
البئر الجديدة
- ٤٤٠ إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام — من تحجر مواتا فهو أحق بإحيائه .
- ٤٤١

